

Nederlandse Mededingingsautoriteit
Zaaknr: 10301

Hoorzitting
4 april 2011

Aantekeningen van mr. drs. J.E. Janssen

Namens:

Liander N.V. ('Liander')

Gemachtigden: mr. drs. J.E. Janssen en mr. R. Elkerbout

Bij het geven van een zienswijze op:

- het ontwerpbesluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de '**Raad**') als bedoeld in artikel 41, eerste lid, van de Elektriciteitswet (de '**Wet**') met nummer 103606_1/15 (het '**ontwerpbesluit**')

Tevens aanwezig:

de heer E.M.J. Hooykaas (Liander)

I. Inleiding

1. Liander maakt graag gebruik van de gelegenheid om haar mondelinge zienswijze op het ontwerpbesluit te geven. Liander zal ook nog een schriftelijke zienswijze indienen.
2. Het ontwerpbesluit is een ontwerp voor het methodebesluit voor de regionale netbeheerders elektriciteit voor de vierde reguleringsperiode (2008-2010). Een nieuw methodebesluit is noodzakelijk door de vernietiging van het oorspronkelijke methodebesluit van 29 augustus 2008 (met nummer 102610_1/27) (het 'oude methodebesluit') bij uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het 'CBb') van 29 juni 2010 (*LJN* BM9474) (de 'uitspraak'). Het oude methodebesluit maakt, als bijlage A, integraal onderdeel uit van het ontwerpbesluit.
3. De zienswijze van Liander betreft de vergoeding van de kosten verbonden aan het objectieveerbare regionale verschil lokale lasten (de 'ORV-kosten'). Naar de mening van Liander is het ontwerpbesluit in strijd met onder meer Wet, de uitspraak en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals deels gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht ('Awb'), waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) en het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb) omdat het niet voorziet in een volledige vergoeding van de ORV-kosten. Dit punt is ook onderwerp van het beroep van Liander tegen het methodebesluit voor de vijfde reguleringsperiode (2011-2013) dat aanhangig is bij het CBb onder nummer AWB 10/1065 S2.

II. Ten onrechte geen volledige vergoeding van de ORV-kosten

4. Het CBb heeft in de uitspraak aangegeven dat de Raad "*verplicht is om ook voor de vierde reguleringsperiode de ORV-kosten volledig te vergoeden. Verweerder heeft dan ook in strijd met artikel 41, derde lid, van de Wet gekozen voor een zodanig systeem van regulering dat gemeten over de gehele reguleringsperiode de ORV-kosten slechts gedeeltelijk worden vergoed*" (r.o. 12.6.5). Het CBb oordeelde het beroep met betrekking tot de vergoeding van de ORV-kosten in het oude methodebesluit volledig gegrond (uitspraak, r.o. 12.14). In de betreffende beroepsgrond is door onder meer Netbeheer Nederland gemotiveerd uiteengezet dat onvolledige vergoeding van de ORV-kosten in strijd is met onder meer de Wet en de bedoelingen van de wetgever. De ORV-kosten dienen, als niet-beïnvloedbare kosten, volledig

vergoed te worden. Hetzelfde geldt voor een toename van de ORV-kosten gedurende een reguleringsperiode. Het oude methodebesluit erkent dat ook (oude methodebesluit, randnummers 192, 195 en 197). Liander merkt op dat ook een volledige vergoeding via de x-factoren eenvoudig te realiseren is, in overeenstemming met de praktijk van de Raad bij het vergoeden van de meerkosten overdracht HS en de vergoedingen uit hoofde van de q-factor (vgl. uitspraak, r.o. 4.4).

5. Op grond van het ontwerpbesluit worden de ORV-kosten echter nog steeds niet volledig vergoed. Door de werking van de x-factoren krijgt Liander ook op grond van het ontwerpbesluit slechts een deel van haar toename van de ORV-kosten ten opzichte van het niveau in 2006 vergoed.
6. De motivering van de Raad kan die handelwijze niet dragen.
7. In randnummer 436 van bijlage 5 van het oude methodebesluit (bijlage A, bijlage 5, bij het ontwerpbesluit) stelt de Raad de ORV-kosten niet volledig te kunnen vergoeden als gevolg van het wettelijk kader. In de uitspraak heeft het CBb evenwel geoordeeld dat dit niet juist is.
8. In randnummer 29 van het ontwerpbesluit komt de Raad desalniettemin met een eigen interpretatie van de Wet die voorziet in een vermeende noodzaak tot een “geleidelijke ingroei”, met als resultaat dat hij het hierboven geschetste systeem van systematische en structurele onderdekking uit het oude methodebesluit in stand laat. Die handelwijze is onjuist en onzorgvuldig.
9. Onzorgvuldig is ook het versluiserende taalgebruik in het ontwerpbesluit waarmee die handelwijze gepaard gaat, waardoor het ten onrechte lijkt alsof de ORV-kosten wél volledig worden vergoed, althans er op dit punt iets wezenlijks verandert aan het oude methodebesluit: *“De regionale netbeheerders elektriciteit zullen op deze manier, met zowel de vergoeding voor de ORV lokale heffingen in het begin- en eindpunt, een volledige vergoeding krijgen voor de ORV conform de reguleringsystematiek en daarmee in overeenstemming met de uitspraak van het CBb”* (ontwerpbesluit, randnummer 42). Liander hoopt dat het niet zo ver komt dat het CBb hier doorheen moet prikken. Elke redelijke uitleg van de uitspraak zou er toe moeten

leiden dat het herstelbesluit voorziet in volledige vergoeding van de door de netbeheerders gemaakte ORV kosten.

10. Het ophogen van de begininkomsten 2007 met de kosten voor de ORV lokale heffingen (ontwerpbesluit, randnrs. 25 en 32 en paragraaf 4.1.1 (nieuw)) staat daar los van. Bovendien is de manier waarop de Raad die ophoging realiseert onzorgvuldig omdat de Raad de begininkomsten 2007 ophoogt met de kosten voor 2006 en daarbij voorbij gaat aan de daadwerkelijke kostengegevens over 2007 die zelfs ten tijde van het oude methodebesluit al in het bezit waren van de Raad. Daarop zal Liander nog nader ingaan in haar schriftelijke zienswijze.
11. Dat de Raad heeft besloten om in het ontwerpbesluit de wijze van nacalculeren van de ORV-kosten te expliciteren (ontwerpbesluit, randnr. 25 en paragraaf 4.1.2 (nieuw)) is ook irrelevant voor het onderhavige probleem. De door de Raad beschreven wijze van nacalculatie is bovendien in strijd met de Wet. Dat zal Liander toelichten in haar schriftelijke zienswijze.

III. Conclusie

12. Het is apert onjuist en onzorgvuldig dat de Raad in het ontwerpbesluit weigert gevolg te geven aan de ondubbelzinnige uitspraak op het punt van de vergoeding van de ORV-kosten te meer daar een juiste invulling van die uitspraak eenvoudig is. Door de gekunstelde interpretatie van de uitspraak lijkt het erop alsof de instandhouding van het oude methodebesluit een doel op zich is geworden.
13. Conform de uitspraak dient de Raad een herstelbesluit te nemen dat voorziet in volledige vergoeding van de door de netbeheerders gemaakte ORV kosten in de periode 2008 tot en met 2010. Niet meer maar zeker ook niet minder.