

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 104168/33

Betreft zaak: Besluit op bezwaar Dobbestroom - transporttarief 104168

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar van Dobbestroom v.o.f. tegen het besluit van 31 juli 2012 met kenmerk: 104168/7, inzake de aanvraag tot beslechting van een geschil tussen Dobbestroom v.o.f. en Enexis B.V.

I Verloop van de procedure

1. Op 15 juni 2012 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) van Dobbestroom v.o.f. (hierna: Dobbestroom) een aanvraag tot geschilbeslechting ontvangen als bedoeld in artikel 51 van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet). Het betreft een geschil tussen Dobbestroom en Enexis B.V. (hierna: Enexis).
2. Het geschil gaat om de vraag of het Enexis is toegestaan bij Dobbestroom een vergoeding in rekening te brengen voor transport van elektriciteit over het door Enexis beheerde net.
3. Bij besluit van 31 juli 2012 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad verklaard dat hij op grond van artikel 51 van de E-wet niet bevoegd is een oordeel te geven over de klacht van Dobbestroom.
4. Tegen het bestreden besluit heeft Dobbestroom bezwaar gemaakt bij brief van 17 augustus 2012.
5. Op 19 september 2012 heeft ten kantoren van de Nederlandse Mededingingsautoriteit een hoorzitting plaatsgevonden, waar Dobbestroom is verschenen. Enexis kon niet bij de hoorzitting aanwezig zijn, maar heeft schriftelijk haar zienswijze gegeven op het bezwaar van Dobbestroom.
6. Naar aanleiding van de stukken en de hoorzitting zijn aan Enexis bij brief van 21 september 2012 nog enkele vragen gesteld. Enexis heeft deze vragen per brief van 25 september 2012

beantwoord. Dobbestroom is in de gelegenheid gesteld om nog op deze stukken schriftelijk te reageren, maar heeft daarvan geen gebruik gemaakt.

7. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 12 oktober 2012 aan Dobbestroom en Enexis is toegezonden.

II. Juridisch kader

8. Voor zover hier van belang:

Elektriciteitswet 1998

Artikel 16:

1. De netbeheerder heeft in het kader van het beheer van de netten in het voor hem krachtens artikel 36 of 37 vastgestelde gebied tot taak:

[...]

f. op de grondslag van artikel 24 ten behoeve van derden transport van elektriciteit uit te voeren;

[...]

Artikel 24:

1. De netbeheerder is verplicht aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde net ten behoeve van de verzoeker transport van elektriciteit uit te voeren tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk.

[...]

Artikel 27:

1. Met inachtneming van de in artikel 26b bedoelde regels en de in artikel 6 van verordening 714/2009 bedoelde netcodes zenden de gezamenlijke netbeheerders aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel met betrekking tot de door hen jegens afnemers te hanteren tariefstructuren dat de elementen en wijze van berekening beschrijft van het tarief waarvoor afnemers zullen worden aangesloten op een net, van het tarief waarvoor transport van elektriciteit, met inbegrip van de invoer, uitvoer en doorvoer van elektriciteit, ten behoeve van afnemers zal worden uitgevoerd, het tarief waarvoor de systeemdiensten worden verricht en de energiebalans wordt gehandhaafd en het tarief voor meting van elektriciteit bij afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid.

[...]

Artikel 29:

[...]

2. Het tarief, bedoeld in het eerste lid, wordt in rekening gebracht bij iedere afnemer die een aansluiting heeft op een net dat wordt beheerd door een netbeheerder. De tarieven voor de ontvangst van elektriciteit kunnen verschillen voor verschillende afnemers, afhankelijk van het spanningsniveau van het net waarop de elektriciteit wordt ontvangen, en de tarieven voor het invoeden van elektriciteit kunnen verschillen voor verschillende afnemers, afhankelijk van het spanningsniveau van het net waarop de elektriciteit wordt ingevoerd.

[...]

Artikel 51:

1. Een partij die een geschil heeft met een netbeheerder over de wijze waarop deze zijn taken en bevoegdheden op grond van deze wet uitoefent, dan wel aan zijn verplichtingen op grond van deze wet voldoet, kan een klacht bij de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit indienen.

[...]

III. Achtergrond geschil en het bestreden besluit

Achtergrond

9. Dobbestroom beschikt over een particulier net dat op twee locaties is verbonden met een openbaar net. Op de zogenoemde HS-0 locatie is een verbinding met het net van Enexis en op de zogenoemde HS-50 locatie met het net van TenneT TSO B.V (hierna: TenneT). Over de verbinding met Enexis is door Dobbestroom reeds in 2007 een geschil aan de Raad voorgelegd. In dat geschil lag onder andere de vraag voor of deze verbinding als aansluiting in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de E-wet kwalificeert en of Dobbestroom gehouden was een gereguleerd transporttarief te betalen.
10. Naar aanleiding van voornoemd geschil, heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb) in zijn uitspraken van 30 december 2010 en 1 februari 2012 (AWB 09/798 S2 en AWB 11/334 S2) geoordeeld dat de verbinding tussen het particuliere net van Dobbestroom en het openbare net van Enexis, niet kwalificeert als aansluiting in de zin van de E-wet. Dientengevolge kunnen door Enexis ook geen transporttarieven op grond van artikel 29, tweede lid, van de E-wet in rekening worden gebracht voor deze verbinding, aldus het CBb.
11. Naar aanleiding van bovenstaande uitspraken – en om deactivering van de verbinding te voorkomen – heeft overleg plaatsgevonden tussen Dobbestroom en Enexis. Deactivering was voor Dobbestroom geen optie omdat het in de huidige situatie onmogelijk is alleen via

de HS-50 locatie voldoende elektriciteit te onttrekken. Om dit wel mogelijk te maken is een ombouw van de installatie op de HS-50 locatie nodig die anderhalf jaar kan duren, zo heeft Dobbestroom op de hoorzitting aangegeven. Indien de verbinding op de HS-0 locatie wordt verbroken, heeft dat tot gevolg dat ook aangeslotenen op het particuliere net van Dobbestroom geen transport van elektriciteit meer zouden ontvangen. Dit wenst Dobbestroom te voorkomen.

12. Tijdens het overleg zijn verschillende opties besproken om verbreking van de verbinding te voorkomen. Dobbestroom en Enexis kwamen echter niet tot een overeenkomst. Dobbestroom is van mening dat bij haar in het geheel geen tarief in rekening kan worden gebracht voor het transport van elektriciteit omdat zij niet over een aansluiting beschikt. Enexis meent echter dat zij de transportdienst niet om niet kan verlenen. Dobbestroom heeft daarom een geschilaanvraag als bedoeld in artikel 51 van de E-wet ingediend.

Het bestreden besluit

13. In het bestreden besluit oordeelt de Raad dat hij op grond van artikel 51 van de E-wet niet bevoegd is antwoord te geven op de vraag of Enexis bij Dobbestroom voor het transport over de HS-0 verbinding een vergoeding in rekening mag brengen, anders dan een vergoeding op grond van artikel 29, tweede lid, van de E-wet.
14. Naar het oordeel van de Raad betekent de aangehaalde uitspraak van 1 februari 2012 van het CBb niet dat uitgesloten is dat Enexis een tarief in rekening mag brengen bij Dobbestroom. Het CBb heeft slechts geoordeeld dat geen *gereguleerd* transporttarief in rekening mag worden gebracht. De vraag of het Enexis is toegestaan buiten het gereguleerde tarief een financiële vergoeding bij Dobbestroom in rekening te brengen voor het transport van elektriciteit is een vraag van privaatrechtelijke aard waarover uitsluitend de civiele rechter kan oordelen.
15. Nu geen sprake is van een aansluiting, valt deze verbinding buiten het gereguleerde domein. De verbinding van Dobbestroom wordt daarmee niet beschermd door de E-wet en er is op grond van de E-wet ook geen verplichting voor Enexis om deze verbinding in stand te laten, aldus de Raad.

IV. Gronden van bezwaar

16. Dobbestroom stelt in haar bezwaar dat de Raad wel bevoegd is om op grond van artikel 51 van de E-wet te oordelen in dit geschil. Naar de mening van Dobbestroom handelt Enexis in strijd met artikel 16, eerste lid, aanhef en onderdeel f, van de E-wet, door bij haar een buiten gereguleerd transporttarief in rekening te brengen. Daarnaast handelt Enexis in

strijd met artikel 24, eerste lid, van de E-wet, door bij haar een tarief in rekening te brengen dat geen grondslag vindt in de E-wet en niet overeenkomt met het in de E-wet gereguleerde tarief.

17. Nu Enexis in strijd handelt met haar wettelijke taken en bevoegdheden op grond van de E-wet, is de Raad bevoegd een bindende uitspraak te doen over dit geschil, aldus Dobbestroom.
18. Zij stelt dat Enexis op grond van artikel 16, eerste lid, aanhef en onderdeel f, van de E-wet als taak heeft om op grondslag van artikel 24 ten behoeve van derden transport van elektriciteit uit te voeren. Dobbestroom kwalificeert als een dergelijke derde en dus is artikel 16, eerste lid, aanhef en onderdeel f, van de E-wet onverkort van toepassing op Dobbestroom.
19. Dobbestroom is van mening dat ook artikel 24, eerste lid, van de E-wet op haar van toepassing is, voor zover het gaat om het transport van elektriciteit. Zij is 'degene' die op grond van deze bepaling Enexis heeft verzocht om transport van elektriciteit. Enexis dient derhalve transport te verrichten tegen een tarief en voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van de E-wet, aldus Dobbestroom.
20. Dat de E-wet er aan in de weg staat dat een netbeheerder voor het transport van elektriciteit in aanvulling en/of in afwijking van het gereguleerde transporttarief een (andere) financiële vergoeding in rekening brengt, vindt ook bevestiging in jurisprudentie van het CBB van 23 juli 2009 (De Plaet), zo betoogt Dobbestroom.

Vergoeding kosten

21. Ten slotte verzoekt Dobbestroom de Raad op grond van artikel 7:15, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de kosten te vergoeden die zij in verband met de behandeling van het bezwaar heeft moeten maken.

V. Zienswijze van Enexis

22. Enexis stelt dat de Raad zich met reden niet bevoegd heeft geacht van het geschil kennis te nemen. Omdat Dobbestroom niet beschikt over een aansluiting en dus geen afnemer is, kan zij op grond van artikel 51 van de E-wet geen klacht indienen. Voor zover Dobbestroom een recht geldend wil maken, zal zij dat langs een andere weg dienen te verkrijgen, zo schrijft Enexis in haar reactie op het bezwaar van Dobbestroom.

23. Bij de beantwoording van dit geschil dient volgens Enexis betrokken te worden de vraag in hoeverre een verplichting of mogelijkheid bestaat voor een gereguleerde netbeheerder om een ongereguleerde verbinding in stand te houden. Naar de mening van Enexis kan dit in elk geval geen verplichting zijn. Nu beëindiging van transport tot substantiële schade zou leiden en het hier – gezien een aanhangige wetswijziging – om een tijdelijke situatie gaat, heeft Enexis besloten om Dobbestroom onverplicht ter wille te zijn.
24. Aansluitend bij het non-discriminatiebeginsel zoals neergelegd in de E-wet, geldt voor Dobbestroom dat deze in geen geval een actieve verbinding van een gereguleerde netbeheerder zou mogen benutten waarvoor minder betaald zou worden dan wat een aangeslotene zou betalen.

VI. Beoordeling door de Raad

25. De vraag die Dobbestroom in dit geschil aan de orde stelt, is of Enexis bij Dobbestroom een tarief in rekening mag brengen voor het transport van elektriciteit dat Enexis verricht voor de ongereguleerde verbinding naar de HS-0 locatie van Dobbestroom.

Bevoegdheid Raad

26. De Raad is van oordeel dat hij op grond van artikel 51 van de E-wet niet bevoegd is om een oordeel te geven over de vraag of het Enexis is toegestaan buiten het gereguleerde tarief een financiële vergoeding bij Dobbestroom in rekening te brengen voor het transport van elektriciteit. Hij overweegt daartoe het volgende.
27. Op grond van artikel 16, eerste lid, aanhef en onderdeel f, van de E-wet, heeft de netbeheerder als taak om op de grondslag van artikel 24 van de E-wet ten behoeve van derden transport van elektriciteit uit te voeren.
28. Ingevolge artikel 24 van de E-wet is de netbeheerder verplicht aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om transport van elektriciteit uit te voeren tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van hoofdstuk 3 (transport) van de E-wet.
29. In die paragrafen 5 en 6 van de E-wet wordt ingegaan op tarieven, tariefstructuren en voorwaarden zoals de netbeheerder die jegens zijn afnemer (een ieder die beschikt over een aansluiting) hanteert. Zo bepaalt artikel 29, eerste lid, van de E-wet waar het tarief, waarvoor transport van elektriciteit zal worden uitgevoerd voor afnemers, betrekking op heeft. Op grond van het tweede lid van deze bepaling wordt dit transporttarief in rekening

gebracht bij iedere afnemer die een aansluiting in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de E-wet heeft op een net dat wordt beheerd door een netbeheerder.

30. Hoewel in artikel 16, eerste lid, onderdeel f, van de E-wet wordt gesproken over derden en niet over afnemers, moet uit de systematiek van de E-wet worden afgeleid dat transport als bedoeld in die bepaling moet worden aangeboden in het kader van een gereguleerde aansluiting. Uit de systematiek van de E-wet volgt dat in artikel 16 en 24 van de E-wet nog niet wordt gesproken van afnemer of aangeslotene: vaak zal degene die om transport van elektriciteit verzoekt, nog geen aansluiting hebben en nog niet verbruiken. In de praktijk wordt tegelijk met het verzoek aangesloten te worden, ook verzocht om transport. Door in artikel 16 en 24 over 'derden' en 'eenieder' te praten, wordt voorkomen dat men pas nadat hij of zij is aangesloten, om een aanbod van transport van elektriciteit kan verzoeken.
31. Pas in paragraaf 5 van hoofdstuk 3 van de E-wet, als het gaat om het transporttarief, wordt gesproken over afnemer. Ook dat past in het systeem van de wet: men hoeft het gereguleerde transporttarief pas te betalen als er ook een aansluiting is en men dus van het transport van elektriciteit gebruik kan maken. Het kan naar het oordeel van de Raad in elk geval niet zo zijn dat de netbeheerder voor een ieder transport van elektriciteit moet verrichten, maar hiervoor slechts bij aangeslotenen een tarief in rekening kan brengen.
32. Dit betekent voor de situatie van Dobbestroom het volgende.
33. Zoals eerder genoemd beschikt Dobbestroom naar het oordeel van het CBb niet over een aansluiting op het net van Enexis. De Raad volgt dit oordeel in onderhavige zaak. Desalniettemin verricht Enexis transport ten behoeve van de verbinding tussen de HS-0 locatie van Dobbestroom en het net van Enexis. Hiervoor wil Enexis een niet-gereguleerd tarief in rekening brengen.
34. De vraag die voorligt is of Enexis een tarief in rekening mag brengen voor de niet-gereguleerde dienst die zij ten behoeve van Dobbestroom verricht. De Raad is ook na heroverweging van oordeel dat hij niet bevoegd is om daar in dit geschil op grond van artikel 51 van de E-wet een antwoord op te geven.
35. Wanneer sprake is van transport in de zin van artikel 24 van de E-wet, dan bestaat een gesloten stelsel van tarieven. In dit geval is echter als gevolg van de eerder genoemde uitspraken van het CBb geen sprake van transport in de zin van de E-wet noch van een andere taak of bevoegdheid als genoemd in artikel 16, eerste lid, van de E-wet. Een beroep van Dobbestroom op de uitspraak van het CBb van 23 juli 2009 (De Plaet) slaagt daarom niet.

36. Anders dan in 'De Plaet' is het voor Enexis of TenneT ook niet mogelijk geweest om met behulp van een tariefvoorstel een tarief voor de uitvoering van transport van elektriciteit naar verbindingen als die van Dobbestroom in de tariefstructuren te laten opnemen. Op grond van artikel 27, eerste lid, van de E-wet moet een dergelijk voorstel namelijk zien op tariefstructuren die netbeheerders jegens afnemers hanteren. Dobbestroom beschikt niet over een aansluiting, is derhalve geen afnemer en dus kan een dergelijke tariefstructuur op basis van de huidige wetgeving niet worden vastgelegd.
37. De Raad kan op grond van artikel 51, eerste lid, van de E-wet slechts een oordeel geven over de wijze waarop een netbeheerder zijn taken en bevoegdheden op grond van de E-wet uitoefent, dan wel aan zijn verplichtingen op grond van de E-wet voldoet.
38. In dit geschil is geen sprake van taken die op grond van de E-wet worden uitgevoerd nu geen sprake is van transport in de zin van artikel 24 van de E-wet. De vergoeding die bij Dobbestroom voor deze dienst in rekening wordt gebracht, valt daarmee buiten het gereguleerde domein. De Raad is derhalve niet bevoegd om in het kader van dit geschil een oordeel te geven over het tarief dat voor het transport van elektriciteit door Enexis bij Dobbestroom in rekening wordt gebracht.

VII. Kostenvergoeding in bezwaar

39. In het ingediende bezwaarschrift verzoekt Dobbestroom de Raad op grond van artikel 7:15 van de Awb de kosten te vergoeden, die Dobbestroom in verband met de behandeling van het bezwaarschrift heeft gemaakt.
40. Artikel 7:15, tweede lid, van de Awb bepaalt dat de kosten van de bezwaarfase op verzoek van belanghebbenden worden vergoed voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. De bezwaren van Dobbestroom geven de Raad geen aanleiding het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk te herroepen wegens aan de Raad te wijten onrechtmatigheid. Om deze reden wijst de Raad het verzoek af om de kosten in de bezwaarprocedure te vergoeden.

VIII. Besluit

De Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart het bezwaar van Dobbestroom v.o.f. ongegrond;
- II. wijst het door Dobbestroom ingediende verzoek om vergoeding van de door haar gemaakte kosten in deze bezwaarprocedure af.

Datum: 15 november 2012

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

W.g.

Chris Fonteijn

Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken binnen zes weken na bekendmaking beroep instellen bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.