Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 103422_1/74

Betreft zaak: Beslissing op de derde bezwaargrond wijzigingen van de Gasvoorwaarden

Beslissing op de derde bezwaargrond tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 8 december 2009, kenmerk 102990/8, betreffende diverse wijzigingen van de TarievenCode en de Gasvoorwaarden.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 8 december 2009 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) diverse wijzigingen doorgevoerd in de TarievenCode Gas en de Gasvoorwaarden.[1]

2. Tegen dit besluit heeft de Vereniging Energie, Milieu en Water (hierna: VEMW) op 19 januari 2010 bezwaar ingediend. De gronden van dit bezwaar zijn op 10 februari 2010 aangevuld.

3. Bij brief van 9 april 2010 is de agenda van de hoorzitting aan VEMW toegezonden. De agenda betrof:
   - procedureel punt, te weten de voeging ingevolge artikel 6:19 Awb van de derde bezwaargrond van VEMW 'Opwaarderen entry- en exitcapaciteit' bij de beroepszaak bij het CBb tegen het besluit van de Raad van 29 september 2009, kenmerk 102960-1/40; en
   - inhoudelijke behandeling van de resterende bezwaargronden.

4. Op 12 april 2010 heeft een hoorzitting plaatsgevonden in aanwezigheid van Gas Transport Services B.V. (hierna: GTS). VEMW heeft op 12 april 2010 via e-mail laten blijken niet gehoord te willen worden. Van deze hoorzitting is een verslag opgesteld dat op 18 mei 2010 naar alle genodigden van de hoorzitting is gestuurd.

[1] Kenmerk 102990/8.

5. Bij brief van 15 april 2010 heeft de Raad het CBb ervan op de hoogte gesteld dat ingevolge artikel 6:19 Awb de derde bezwaargrond van VEMW 'Opwaarderen entry- en exitcapaciteit' tegen het besluit van de Raad van 8 december 2009 gevoegd moet worden behandeld met de beroepszaak tegen het besluit van de Raad van 29 september 2009, kenmerk 102960-1/40.[2] Het CBb heeft dit gevolgd.

6. Bij beslissing op bezwaar van 2 juni 2010 heeft de Raad op de resterende bezwaren van VEMW beslist.

7. In haar uitspraak van 2 mei 2012, AWB 09/1365 18400 heeft het CBb zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van het beroep tegen het bestreden besluit van 8 december 2009, voor zover dat een wijziging van de artikelen 2.1, 2.3 en 2.1.5 van de transportvoorwaarden (hierna: TV) behelst. Het CBb heeft hierbij aangegeven dat de Raad de behandeling van dit bezwaar opnieuw ter hand zal moeten nemen.

8. Met onderhavig besluit voldoet de Raad aan deze opdracht van het CBb.

II. Wettelijk kader en verloop van de procedure

9. Voor het wettelijk kader wordt verwezen naar de beslissing op bezwaar in deze zaak van 2 juni 2010 betreffende de overige bezwaargronden, randnummers 4 tot en met 12.

III. Bezwaargronden

10. VEMW bestrijdt de toevoeging van het woord 'bestaande' aan artikelen 2.1.2, 2.1.3 en 2.1.5 van de TV. Met deze toevoeging brengt de Raad tot uitdrukking dat het opwaarderen van capaciteit geen betrekking heeft op capaciteit die aan netgebruikers is toebedeeld in het kader van een 'open season' procedure.

11. Het toedelen van transportcapaciteit op grond van de 'open season' is volgens VEMW in strijd met de Gaswet. VEMW licht dit als volgt toe. Op grond van artikel 12b, eerste lid, onderdeel a, en 12b, tweede lid, onderdeel b, van de Gaswet dient de wijze waarop GTS transportcapaciteit toedeelt aan netgebruikers een uitputtende regeling te krijgen in de door de Raad vastgestelde voorwaarden. De toedeling van transportcapaciteit

[2] Nieuw besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren, gericht tegen het besluit inzake wijziging Transportvoorwaarden Gas – LNB, de tarievencode Gas en de Meetvoorwaarden Gas – LNB van 20 februari 2008 met kenmerk 102411/31.

aan netgebruikers is enkel in de transportvoorwaarden geregeld krachtens de methode van ‘first come, first served’. Het toedelen van transportcapaciteit op grond van de ‘open season’ is niet geregeld in de voorwaarden en is daarom krachtens de Gaswet niet toegestaan.

12. De transportcapaciteit die beschikbaar komt middels een ‘open season’ dient naar mening van VEMW op grond van het principe van ‘first come, first served’ toegedeeld te worden aan netgebruikers. Door het woord ‘bestaande’ toe te voegen aan de betreffende artikelen wordt dit voorkomen waardoor deze toevoeging niet kan worden gehandhaafd. VEMW verzoekt de Raad daarom om de woorden ‘bestaande’ in de betreffende artikelen te laten vervallen.

IV. Beoordeling van de bezwaren

13. Ingevolge artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (“Awb”) wordt onder een besluit – waartegen op grond van artikel 7:1 Awb in samenhang met artikel 8:1 Awb een bezwaarschrift kan worden ingediend – verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Met het begrip rechtshandeling wordt bedoeld: een handeling gericht op rechtsgevolg.

14. Het besluit van 29 september 2009, en daarmee de daarin opgenomen tekst van de artikelen 2.1., 2.1.3 en 2.1.5 TV, heeft met voormelde uitspraak van het CBb van 2 mei 2012 formele rechtskracht verkregen. Bij het besluit van 8 december 2009 is de tekst van de artikelen 2.1.2, 2.1.3 en 2.1.5 TV integraal herzien en opnieuw vastgesteld. Zowel door de indieners van het voorstel, als door de Raad is daarbij expliciet aangesloten bij de regeling zoals die in het voorafgaande besluit van 29 september 2009 was vastgesteld. De tekst van voormelde artikelen in het besluit van 29 september 2009 en in het besluit van 8 december 2009 is dan ook materieel identiek. Naar het oordeel van de Raad is de wijziging van deze bepalingen dan ook niet op rechtsgevolg gericht en betreft het dus geen voor bezwaar vatbaar besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

15. Dat geen sprake is van een op rechtsgevolg gericht besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, volgt ook uit de hierboven vermelde uitspraak van het CBb van 2 mei 2012. In deze uitspraak heeft het CBb zich met betrekking tot het beroep van VEMW tegen het hier aan de orde zijnde besluit van de Raad van 8 december 2009, voor zover dat een wijziging van de artikelen 2.1.2, 2.1.3. en 2.1.5. TV behelst, onbevoegd verklaard om daarvan kennis te nemen.

16. Het CBb heeft hierbij overwogen dat de toevoeging van het woord “bestaande” aan voornoemde artikelen TV slechts dient als verduidelijking van hetgeen al in die bepalingen was neergelegd en geen verandering in de betekenis van die bepalingen beoogt of teweeg brengt. Capaciteit die beschikbaar komt in de zin van deze artikelen kan volgens het College alleen maar bestaande capaciteit betreffen. De begrippen ‘capaciteit die beschikbaar komt’ en ‘bestaande capaciteit die beschikbaar komt’ zijn in zoverre aan elkaar gelijk.

17. Het CBb heeft vervolgens geconcludeerd dat gelet hierop de wijziging van de artikelen 2.1.2, 2.1.3 en 2.1.5 TV niet op rechtsgevolg is gericht en dus geen besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid Awb.

18. Op grond van bovenstaande concludeert de Raad tot kennelijk niet ontvankelijkheid van VEMW in haar bezwaar.

V. Kostenvergoeding

19. VEMW heeft de Raad op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb verzocht om vergoeding van de door haar gemaakte kosten die verband houden met deze procedure.

20. Artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, bepaalt dat de kosten van de bezwaarfase worden vergoed op verzoek van de belanghebbende voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.

21. Aangezien het bezwaar van VEMW de Raad geen aanleiding geven het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk te herroepen, wegens aan de Raad te wijten onrechtmatigheid, wordt haar verzoek tot vergoeding van de kosten van de bezwaarfase in deze afgewezen.

VI. Besluit

22. De Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

I. verklaart het bezwaar van VEMW niet ontvankelijk.

Datum: 6 juli 2012

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

W.g.
Monique van Oers
Directeur Juridische Dienst

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