

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 104047_1/14; 104047_4/10

Betreft zaak: 104047_1 en 104047_4 / besluit op bezwaar tariefbesluit gas 2012

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit houdende de beslissing op de bezwaren van de Vereniging FME/CWM en de Vereniging Energie, Milieu en Water tegen het besluit tot vaststelling van de transport- en aansluittarieven voor gas per 1 januari 2012 voor Cogas Infra & Beheer B.V., Delta Netwerkbedrijf B.V., Endinet B.V., Enexis B.V., Liander N.V., N.V. RENDO, Stedin B.V., Westland Infra Netbeheer B.V. en Zebra Gasnetwerk B.V.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluiten van 2 december 2011 (hierna: 'bestreden besluiten'),¹ heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'de Raad') de maximum transport- en aansluittarieven gas vastgesteld voor het jaar 2012 voor Cogas Infra & Beheer B.V., Delta Netwerkbedrijf B.V., Endinet B.V., Enexis B.V., Liander N.V., N.V. RENDO, Stedin B.V., Westland Infra Netbeheer B.V. en Zebra Gasnetwerk B.V.
2. Bij brieven van 10 januari 2012 en 27 januari 2012 heeft de vereniging FME/CWM (hierna: 'FME') gemotiveerd bezwaar gemaakt tegen de bestreden besluiten.
3. Daarnaast is bij brief van 12 januari 2012 door de Vereniging Energie, Milieu en Water (hierna: 'VEMW') bezwaar gemaakt tegen de bestreden besluiten. De gronden van bezwaar zijn aangevuld op 15 februari 2012.
4. Op 13 april 2012 heeft een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij FME en VEMW en de eerder genoemde regionale netbeheerders in de gelegenheid zijn gesteld om gehoord te worden. Beide partijen hebben hiervan afgezien.

¹ Besluiten met respectievelijke kenmerken 103763_2/13, 103763_3/13, 103763_4/12, 103763_5/17, 103763_7/14, 103763_8/16, 103976_9/13, 103763_10/13 en 103763_11/11.

5. Netbeheer Nederland heeft zich gemeld in de procedure namens de genoemde regionale netbeheerders en heeft op 16 april 2012 een schriftelijke zienswijze ingediend op de bezwaren van VEMW en FME.²

II. Juridisch kader

6. Voor het juridisch kader wordt verwezen naar paragraaf 3 van de bestreden besluiten.

III. Gronden van bezwaar

Bezwaargronden FME

7. FME stelt in haar gronden van bezwaar dat het methodebesluit gas voor de vierde reguleringsperiode (hierna: 'het methodebesluit RN4G') geen beschikking is en dat daartegen geen beroep kan worden ingesteld. Het methodebesluit is volgens FME een beleidsregel (zie artikel 1:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht, hierna: 'Awb'). Op grond van artikel 8:2 van de Awb kan tegen een beleidsregel geen beroep worden ingesteld. Met het toepassen van een uniforme openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afdeling 3.4 van de Awb, zoals toegepast door de Raad bij de voorbereiding van het genoemde methodebesluit, kan dit niet anders worden; het methodebesluit kan slechts via de x-factor- en tariefbesluiten, worden getoetst.
8. Voorts zijn de bestreden besluiten volgens FME niet, dan wel ontoereikend gemotiveerd. Op welke grondslagen de bestreden besluiten zijn vastgesteld, welke vaststelling in de bijlage(n) kan worden afgelezen, wordt – aldus FME – niet gemotiveerd. FME meent dat in de bestreden besluiten niet is ingegaan op de zienswijzen die ter zake zijn ingediend. Daarmee zijn deze besluiten volgens FME in strijd met artikel 3:46 van de Awb.
9. Daarnaast voldoen de bestreden besluiten naar het oordeel van FME niet aan het vereiste van kenbaarheid van motivering, als bedoeld in artikel 3:47 van de Awb. Volgens FME houden de bestreden besluiten geen gegevens in betreffende de onderbouwing en kenbaarheid. Het ontbreekt aan transparante gegevens, aan toetsingscriteria en aan een weging en beoordeling.

² Kenmerk 104047_6/3.

10. FME kan zich voorts niet verenigen met de besluiten, omdat de daarin toegepaste wijze van regulering te weinig prikkels voor efficiëntie en effectiviteit zou geven. Zij voert hiertoe samengevat aan dat:
- de besluiten geen inzicht geven in de wijze van reguleren, met name de sturing, de beoordeling en de toetsing ter bevordering van een doelmatige bedrijfsvoering;
 - de Raad geen andere methodes van regulering heeft onderzocht. De methode van maatstafconcurrentie is ondeugdelijk;
 - de operationele kosten niet worden getoetst of gecheckt. Zo wordt de werkelijke uitvoering van investeringsprogramma's niet gecontroleerd en had het redelijk rendement ook lager moeten zijn.
11. Ten slotte is FME is van oordeel dat de bestreden besluiten in strijd met de wet tot stand zijn gekomen, omdat het op grond van de E-wet niet mogelijk is een negatieve x-factor vast te stellen.

Bezwaargronden VEMW

12. VEMW heeft - samengevat en zakelijk weergegeven - het volgende aangevoerd.

Negatieve x-factoren

13. Naar het oordeel van VEMW biedt artikel 81a, eerste lid, van de Gaswet kort gezegd niet de vereiste wettelijke grondslag tot het vaststellen van negatieve x-factoren.
14. Aangezien de door de Raad vastgestelde bestreden besluiten zijn vastgesteld met inachtneming van x-factoren die in strijd zijn met de Gaswet, zijn de bestreden besluiten eveneens onrechtmatig vastgesteld.

Zienswijze Netbeheer Nederland

15. Netbeheer Nederland heeft naar aanleiding van de bezwaarschriften van FME en VEMW een schriftelijke zienswijze ingediend namens de netbeheerders als genoemd in randnummer 1. Ten aanzien van het bezwaarschrift van FME stelt Netbeheer Nederland – kort gezegd – het volgende. De stelling van FME dat de methodebesluiten beleidsregels zouden zijn, is in strijd met onder meer vaste rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: 'CBb') en bovendien hoort deze stelling niet thuis in een bezwaarprocedure tegen tariefbesluiten. Ook het bezwaar van FME dat zich richt tegen de motiveringsgebreken dient naar het oordeel van Netbeheer Nederland ongegrond te worden verklaard. Voorts geeft Netbeheer Nederland nog aan dat de bedenkingen van FME tegen de huidige systematiek van tariefregulering niet thuis horen in de onderhavige procedure. Tot slot voeren zowel FME als VEMW aan dat de Gaswet niet voorziet in een grondslag om de x-factor negatief vast te stellen. Netbeheer

Nederland stelt zich vooraleerst op het standpunt dat dit bezwaar niet thuis hoort in de onderhavige bezwaarprocedure. Daarnaast zou het op grond van het systeem, de wet en de wetgeschiedenis zijn toegestaan een negatieve x-factor vast te stellen, aldus Netbeheer Nederland.

16. Naar de mening van Netbeheer Nederland dienen FME en VEMW dan ook niet-ontvankelijk te worden verklaard in hun respectievelijke bezwaren, althans dient de Raad deze bezwaren ongegrond te verklaren.
17. De Raad heeft kennis genomen van de zienswijze van Netbeheer Nederland en zal deze bij zijn beoordeling in overweging nemen.

IV. Overwegingen ten aanzien van de bezwaargronden

Algemeen

18. FME en VEMW hebben bezwaar gemaakt tegen de besluiten tot vaststelling van de transport- en aansluittarieven gas. Voor een goed begrip van de beoordeling van de bezwaargronden van FME en VEMW is het van belang de systematiek van tariefregulering op grond van de Gaswet kort toe te lichten.
19. De systematiek van de tariefregulering voor gasnetten is vastgelegd in de Gaswet en in een daarop gebaseerd 'methodebesluit'.³ De vaststelling van de bestreden besluiten is dan ook gebaseerd op het methodebesluit RN4G.⁴ De vaststelling van de x-factorbesluiten en tariefbesluiten betreft een toepassing van het methodebesluit RN4G in het concrete geval voor de betreffende netbeheerder.⁵ Voor een verdere toelichting op de wijze waarop de hiervoor genoemde besluiten zich tot elkaar verhouden, wordt verwezen naar paragraaf 3 van de bestreden besluiten.
20. Tegen het methodebesluit RN4G en tegen de x-factorbesluiten voor de betreffende netbeheerders is beroep ingesteld bij het CBb. Het CBb heeft op 23 december 2011 een

³ Besluit ingevolge artikel 81, eerste lid, van de Gaswet tot vaststelling van de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, van de kwaliteitsterm en van het rekenvolumina van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld.

⁴ Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 26 augustus 2010, met kenmerk 103222_1/246.

⁵ Zie CBb 22 december 2010, LJN: BPO458, r.o. 4.3. en NMa, "Zorgen voor optimale energie distributienetten, Visie van de toezichthouder op het reguleringskader", februari 2010.

⁶ Besluiten van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 september 2010.

tussenuitspraak gedaan in deze beroepsprocedure.⁷ Hierbij is een groot aantal beroepsgronden ongegrond verklaard, waaronder de beroepen van Liander, Endinet en Rendo die zien op nacalculatie, ORV Lokale heffingen en de wijze waarop de start GAW is bepaald. Daarnaast heeft het CBb geoordeeld dat het noodzakelijk is om prejudiciële vragen te stellen over de regulering van de gasaansluitdienst als 'transportondersteunende dienst'. Ten aanzien van de x-factorbesluiten heeft de Raad recentelijk verweer gevoerd op de ingediende beroepen. Het CBb heeft nog geen datum bepaald voor de behandeling van de beroepen tegen deze besluiten. Zoals ook in paragraaf 7 van de bestreden besluiten is opgenomen, bepaalt artikel 6:16 van de Awb dat de werking van een besluit niet wordt geschorst door het instellen van beroep. Mede daarom gaat de Raad uit van de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van de methode en de x-factorbesluiten en zal de Raad bezwaren die zich feitelijk richten tegen de methode, respectievelijk tegen de x-factorbesluiten ongegrond verklaren.

Beoordeling van de bezwaargronden van FME

Bezwaargronden tegen de methodebesluiten

21. FME heeft in het bezwaarschrift tegen de bestreden besluiten enkele bezwaren gericht tegen de methode van regulering die is vervat in het methodebesluit RN4G. FME meent dat deze bezwaren moeten worden beoordeeld bij de behandeling van de bezwaren tegen de tariefbesluiten, omdat het methodebesluit RN4G niet separaat appelabel is. Methodebesluiten zijn geen beschikkingen, maar beleidsregels, aldus FME. Beleidsregels kunnen enkel getoetst worden via de besluiten die daaraan uitvoering geven, zoals in casu een tariefbesluit. De Raad overweegt daarover het volgende.
22. Met de stelling dat een methodebesluit niet separaat appelabel is en in onderhavige procedure getoetst moet worden, gaat FME voorbij aan een bestendige praktijk van toetsing van methodebesluiten. Gelet op het bezwaarschrift is FME zich daar bewust van. FME verzuimt daarbij acht te slaan op de basis van deze bestendige praktijk, namelijk de werking van artikel 61, derde lid, van de Gaswet, waarin de wetgever uitdrukkelijk rechtsbescherming heeft willen bieden ter zake van methodebesluiten. Een methodebesluit is dan ook wel degelijk separaat appelabel, conform de huidige en bestendige praktijk. Mede gelet op het vierde lid van genoemd artikel lag het op de weg van een representatieve organisatie als FME om het methodebesluit RN4G rechtstreeks aan te vechten, wanneer zij zich niet met de inhoud daarvan kan verenigen. FME heeft dit nagelaten.
23. Het bezwaar is in zoverre ongegrond.

⁷ Uitspraak in de procedures AWB 10/1049, 10/1054 en 10/1064, LJN BU9127.

24. Het voorgaande laat evenwel onverlet dat de Raad erop gewezen kan worden dat onder omstandigheden een bepaalde uitwerking van de methode in een tariefbesluit ertoe leidt dat een onderdeel van de methode in strijd komt met de wet of een wettelijke regeling. In een dergelijk geval heroverweegt de Raad of op dat specifieke punt de methode buiten toepassing moet worden gelaten. Voor een dergelijk oordeel moeten de aangevoerde bezwaren dan aanleiding geven.
25. Gelet hierop ziet de Raad zich bij elke bezwaargrond voor de vraag gesteld of deze niet eigenlijk gericht is tegen het methodebesluit RN4G. Voor zover daarvan sprake is, acht de Raad – uitgaande van het niet verbindende karakter van het methodebesluit RN4G – dat bezwaar ongegrond, tenzij hij onder de specifieke omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat een onderdeel van de methode buiten toepassing moet worden gelaten.

Motivering

26. Volgens FME zijn de bestreden besluiten niet dan wel ontoereikend gemotiveerd. Op welke grondslagen de bestreden besluiten zijn vastgesteld, welke vaststelling in de bijlage(n) kan worden afgelezen, wordt – aldus FME – niet gemotiveerd. FME meent dat in de bestreden besluiten niet wordt ingaan op de bedenkingen die hierover zijn ingediend. Daarmee zijn deze besluiten volgens FME in strijd met artikel 3:46 van de Awb.
27. Daarnaast voldoen de bestreden besluiten naar het oordeel van FME niet aan het vereiste van kenbaarheid van motivering, als bedoeld in artikel 3:47 van de Awb. Volgens FME houden de bestreden besluiten geen gegevens in betreffende de onderbouwing en kenbaarheid. FME meent dat in de bestreden besluiten voorbij is gegaan aan dit bezwaar.
28. Ook deze gronden slagen niet.
29. Allereerst is het standpunt van FME dat de grondslagen – waarop de tarieven zijn gebaseerd – niet in de desbetreffende besluiten zijn opgenomen, onjuist. In de bestreden besluiten is expliciet opgenomen krachtens welk wettelijk voorschrift deze besluiten zijn vastgesteld. Tevens is in de bestreden besluiten in hoofdstuk 7 ingegaan op zienswijzen op dit punt die partijen hebben ingediend tegen de bestreden besluiten. Bovendien is door middel van een weergave van de wettelijke context ingegaan op de wijze waarop deze besluiten samenhangen met de methode van regulering.⁸ Deze

⁸ Zie de bestreden besluiten onder 'juridische kader'.

samenhang is, ter verduidelijking voor FME, door de Raad uitvoerig gemotiveerd in de bestreden besluiten.

30. Evenmin is juist het standpunt van FME dat de bestreden besluiten geen gegevens bevatten betreffende de onderbouwing en kenbaarheid. De tariefbesluiten zijn slechts een invulling van de in de Gaswet verankerde besluitvormingsystematiek. Vaststelling van deze besluiten vloeit voort uit de x-factorbesluiten en het methodebesluit. De motivering van de tariefbesluiten moet daarom in samenhang worden gezien met de x-factorbesluiten en het methodebesluit.
31. Ingevolge de artikelen 81 tot en met 81d van de Gaswet omvat het systeem van tariefregulering een reeks periodiek te nemen besluiten. Dit systeem bestaat voor regionale netbeheerders uit het methodebesluit, de x-factorbesluiten en de tariefbesluiten. Om het systeem van tariefregulering voor belanghebbenden toegankelijk en begrijpelijk te maken, wordt in het methodebesluit uitgebreid stilgestaan bij de plaats van de x-factorbesluiten en tariefbesluiten in de besluitenreeks en licht de Raad toe op welke wijze hij deze besluiten vaststelt.⁹ In het methodebesluit wordt voorts de (wettelijke) grondslag waarop de Raad de x-factorbesluiten en tariefbesluiten vaststelt, gemotiveerd.¹⁰ Ook wordt in het methodebesluit toegelicht op welke wijze de Raad de doelstelling van de wetgever ten aanzien van tariefregulering realiseert.¹¹ De Raad heeft het systeem van tariefregulering voor FME uitvoerig verduidelijkt in de bestreden besluiten.¹²
32. Overigens wijst de Raad erop dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure belanghebbenden de mogelijkheid biedt voorafgaand aan de vaststelling van het methodebesluit een zienswijze in te dienen en een nadere toelichting op het systeem van tariefregulering te krijgen. FME heeft geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.
33. Tot slot merkt de Raad op dat de wijze waarop de Raad invulling heeft gegeven aan de wettelijke systematiek in de vorm van een besluitenreeks in de voorgaande reguleringsperiodes steeds rechtmatig is geacht. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft hierbij in de uitspraken van 3 november 2009 en 29 juni 2010 benadrukt dat de Raad over de nodige beoordelingsruimte beschikt ten aanzien van de wijze waarop de Raad het systeem van tariefregulering heeft ingericht.¹³

⁹ Hoofdstuk 7 van het methodebesluit.

¹⁰ Paragraaf 4.2 van het methodebesluit.

¹¹ Zie bijlage 1 van het methodebesluit.

¹² Randnummers 22 tot en met 28 en 30 van de x-factorbesluiten en randnummers 21-28 van de tariefbesluiten.

¹³ CBb, 3 november 2009, LJN: BK1790, r.o. 13.2 en CBb, 29 juni 2010, LJN: BM9474, r.o. 12.2.

34. De Raad concludeert dat de bestreden besluiten een deugdelijke en kenbare motivering bevatten. Van strijd met de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb kan naar het oordeel van de Raad dan ook geen sprake zijn.

Mate van onderzoek reguleringswijze

35. FME kan zich voorts niet verenigen met de besluiten, omdat de daarin toegepaste wijze van regulering te weinig prikkels voor efficiëntie en effectiviteit zou geven. Deze bezwaren, gericht tegen de wijze van regulering, zijn daarmee gericht tegen het bepaalde in het methodebesluit.
36. Zoals hiervoor reeds overwogen, acht de Raad dergelijke bezwaargronden ongegrond, tenzij de aangevoerde bezwaren van een partij aanleiding geven om de methode van regulering in een specifiek geval buiten toepassing te laten. Dit is mogelijk slechts anders indien uitwerking van de methode in strijd komt met de wet of een wettelijke regeling. FME geeft echter niet, dan wel niet onderbouwd, aan waarom en op welke onderdelen de Raad zou moeten afwijken van het methodebesluit.

37. Het bezwaar is derhalve ongegrond.

Negatieve X-factor

38. Tot slot stelt FME – kort samengevat – zich in bezwaar op het standpunt dat het niet zou zijn toegestaan negatieve x-factoren vast te stellen.
39. Deze bezwaargrond van FME richt zich feitelijk tot de vaststelling van het x-factorbesluit. Dit bezwaar kan daarom niet alsnog in het kader van deze procedure ter discussie worden gesteld en dient – mede gelet op hetgeen hierboven onder randnummer 20 is overwogen, ongegrond te worden verklaard.

Bezwaargronden VEMW

40. Aangaande het bezwaar van VEMW, dat het vaststellen van een negatieve x-factor in strijd komt met de Gaswet, verwijst de Raad naar hetgeen hierboven is overwogen onder randnummer 39, ten aanzien van de gelijklopende bezwaargrond van FME, en verklaart het bezwaar van VEMW ongegrond.

Conclusie

41. Het vorenstaande leidt ertoe dat de bezwaren van VEMW en FME tegen de bestreden besluiten ongegrond worden verklaard.

V. Vergoeding van kosten bezwaarfase

42. De Raad heeft de bezwaren van FME en VEMW ongegrond verklaard. Als gevolg daarvan worden de verzoeken van FME en VEMW om een vergoeding van de proceskosten ex artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, afgewezen.

VI. Besluit

43. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart de bezwaren van de Vereniging FME/CWM ongegrond;
- II. verklaart de bezwaren van de Vereniging Energie, Milieu en Water ongegrond;
- III. wijst de verzoeken van de Vereniging FME/CWM, de Vereniging Energie, Milieu en Water om vergoeding van kosten in bezwaar af.

Den Haag, 18 juli 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.