

# ECLI:NL:CBB:2014:319

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	21-08-2014
Datum publicatie	04-09-2014
Zaaknummer	AWB 13/645 AWB 13/647
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	Richtlijn 2009/73/EG. Wijziging van de gascodes (Allocatievoorwaarden Gas). Inkoop gas ter compensatie van netverliezen. Ondersteunende dienst.
Wetsverwijzingen	<a href="#">Gaswet, geldigheid: 2014-09-04</a>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

uitspraak

### COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

Zaaknummer: 13/645 en 13/647

18400

#### Uitspraak van de meervoudige kamer van 21 augustus 2014 in de zaak tussen

1. **Netbeheer Nederland** (Netbeheer), te Den Haag, appellante in de zaak 13/645 (gemachtigde: mr. K. Wilkeshuis),
2. **Westland Infra Netbeheer B.V.** (Westland), te Poeldijk, appellante in de zaak 13/647 (gemachtigden: mr. drs. R.C. Berg en mr. drs. B.M.M. Weiffenbach),

en

#### de Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster

(gemachtigden: mr. G.W. Rodenhuis en mr. W.T. Algera).

Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen:

**Vereniging Energie-Nederland** (VEN), te Den Haag

(gemachtigde: mr. N.R. Geerts-Zandveld).

## Procesverloop

Bij besluit van 18 juli 2013 heeft ACM de technische voorwaarden gas als bedoeld in artikel 12c, tweede lid, Gaswet gewijzigd ten aanzien van de administratieve volumeherleiding en het toewijzen van netverliezen. Bij de voorbereiding van het besluit heeft ACM toepassing gegeven aan afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Netbeheer en Westland hebben tegen dit besluit beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend en met verwijzing naar artikel 8:29 Awb medegedeeld dat uitsluitend het College kennis zal mogen nemen van een tweetal stukken (B1 en B2).

VEN is op haar verzoek als partij tot het geding toegelaten en heeft haar standpunt schriftelijk toegelicht.

Bij beslissing van 21 februari 2014 heeft het College geoordeeld dat beperking van de kennisneming van de stukken B1 en B2 gerechtvaardigd is. Partijen hebben ermee ingestemd dat het College mede op grondslag van deze stukken uitspraak doet.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 30 juni 2014. Partijen werden daarbij vertegenwoordigd door hun gemachtigden. Namens ACM was voorts aanwezig Y. Beyer, en namens VEN mw. Frans.

## Overwegingen

1. ACM heeft in opdracht van de minister van Economische Zaken onderzoek uitgevoerd naar afwijkingen in de meting van gasverbruik bij kleinverbruikers en de verwerking van die meetafwijkingen door energieleveranciers. Naar aanleiding hiervan is in juli 2008 een onderzoeksrapport gepresenteerd. In dit rapport zijn onder meer aanbevelingen gedaan over de mogelijkheid om meetafwijkingen bij profielafnemers (voornamelijk de kleinverbruikers) te redresseren door administratieve correctie van volumeherleidingsfouten. Voorts is daarin de aanbeveling opgenomen om prikkels voor de regionale netbeheerders (rnb's) te introduceren om netverliezen te beperken.

Bij netverliezen gaat het zowel om fysieke gasverliezen (lekken) als om administratieve verliezen (als gevolg van bijvoorbeeld onbemeten aansluitingen of meetonnauwkeurigheden). Deze netverliezen hebben voor de betrokken regionale netten tot gevolg dat de hoeveelheid in het regionale net (op het exitpunt van het landelijk net) ingevoed gas groter is dan de totale (gemeten) hoeveelheid onttrokken gas. Er moet ter compensatie van deze netverliezen dus meer gas worden ingevoed in het regionale net dan het totale gemeten of verwachte verbruik van de op dat net aangesloten afnemers.

- 2.1 Bij het bestreden besluit heeft ACM, mede op basis van de aanbevelingen van het onderzoeksrapport, wijzigingen in de technische voorwaarden gas (de gascodes) doorgevoerd. Deze wijzigingen strekken er enerzijds toe de in het rapport gesignaleerde administratieve volumeherleidingsfout te corrigeren door aanpassing van de Meetvoorwaarden Gas RNB; dit onderdeel van het bestreden besluit is niet in geschil. Anderzijds houdt het bestreden besluit in dat de netverliezen – die tot dusverre werden toegewezen aan de gasleveranciers (programmaverantwoordelijken) – voortaan aan de rnb's worden toegewezen, teneinde deze laatsten daarmee een prikkel te geven de netverliezen te beperken. Deze toewijzing heeft tot gevolg dat de rnb's de met de netverliezen corresponderende gasvolumes dienen in te kopen bij een leverancierscombinatie. De toewijzing van de netverliezen aan de regionale netbeheerders is

geschied door aanpassing van de Allocatievoorwaarden Gas; daarbij is tevens de Begrippenlijst Gas aangevuld met een definitie van het bij die toewijzing een rol spelende begrip 'netverliesfactor' (NVF).

De beroepen richten zich uitsluitend tegen het onderdeel van het bestreden besluit dat ziet op deze toewijzing van netverliezen aan de rnb's.

- 2.2 Aan de toewijzing van de netverliezen aan de regionale netbeheerders legt ACM ten grondslag dat de rnb's het best in staat zijn de netverliezen te beïnvloeden. De netverliezen moeten om die reden door de rnb's worden gedragen. Netverliezen als gevolg van meetonnauwkeurigheden zijn ook voor de rnb's minder goed beïnvloedbaar, maar ACM acht het logisch, wenselijk en redelijk om ook voor eventuele minder direct beïnvloedbare aspecten van het netverlies de rnb's verantwoordelijk te maken. ACM vindt bovendien dat de correct gemeten gasverbruiken als basis mogen dienen voor de afrekening tussen leverancier en afnemer; het is niet juist om de afwikkeling van het met netverliezen gemoeide volume gas via de leveringsnota tussen leverancier en afnemer te laten verlopen. Ook hierom moeten de netverliezen aan de rnb's worden toegewezen.

ACM stelt dat het inkopen van gas ter compensatie van netverliezen kan worden aangemerkt als een '(transport) ondersteunende dienst' als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder t, Gaswet. Door netverlies ontstaat een tekort aan gas waardoor de gasdruk in het net afneemt; bij een te lage druk kan het transport niet meer worden uitgevoerd. Omdat het inkopen van gas voor de netverliezen een ondersteunende dienst is, mag een rnb dit gas op grond van artikel 3, vijfde lid, Gaswet ook inkopen.

3. Netbeheer keert zich met haar beroep tegen de wijze waarop ACM de toewijzing van netverliezen aan de rnb's heeft vormgegeven. Het beroep van Westland is gericht tegen deze toewijzing als zodanig, en heeft daarmee een verdergaande strekking. Het College zal daarom eerst het beroep van Westland aan de orde stellen.

#### Beroep Westland (13/647)

4. Westland betoogt primair dat de inkoop van gas door de rnb's geen '(transport) ondersteunende dienst' is. Gelet op artikel 3, vijfde lid, Gaswet mogen netbeheerders slechts gas aankopen als deze aankoop kan worden aangemerkt als een transport ondersteunende dienst als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder f, Gaswet. Gastransport is een fysiek, technisch proces waarbij voortdurend gas wordt ingevoerd zodanig dat de vereiste druk wordt bereikt en gehandhaafd. De keuze van ACM om de rnb's met de inkoop van netverliezen te belasten verandert dit fysieke proces in geen enkel opzicht; er wordt alleen een schakel toegevoegd aan de handelsketen, hetgeen een administratief-organisatorische beleidskeuze is. ACM erkent dit ook waar zij spreekt over de *administratieve* toewijzing van de netverliezen aan een partij. De wijziging houdt dus geen verband met de technische noodzaak om de werking van het net te verzekeren. Ondersteunende diensten zijn alleen activiteiten die het transport fysiek-technisch ondersteunen. Inkoop van netverliezen valt daar niet onder. In het Europese recht wordt ook duidelijk uitgegaan van een fysiek-technisch begrip van 'ondersteunende diensten'. Westland wijst in dit verband op Richtlijn 2003/55/EG (de tweede gasrichtlijn), Richtlijn 2009/73/EG (de derde gasrichtlijn) en Verordening (EG) nr. 715/2009.
5. ACM stelt zich op het standpunt dat het aankopen van gas voor netverliezen valt onder het begrip '(transport) ondersteunende dienst'. Uit de definitie hiervan in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder t, Gaswet is op te maken dat een dienst die nodig is voor de werking van het gastransportnet kwalificeert als ondersteunende dienst. Om het transport van gas uit te kunnen voeren is het noodzakelijk dat de netverliezen worden aangevuld omdat anders de druk in het transportnet uiteindelijk wegvalt. In dat geval is er geheel geen gastransport meer mogelijk. In een optimaal werkend gastransportnet worden alle gasstromen toegewezen aan de juiste partijen. Doordat netverliezen in het gastransport optreden, kunnen niet alle gasstromen aan de juiste partij worden toegewezen. Om dit verlies te compenseren en het aan partijen toekomende deel gas te kunnen transporteren, zal het netverlies door een partij moeten worden ingekocht. De codewijziging uit het bestreden besluit zorgt ervoor dat de administratieve toewijzing aan een partij plaatsvindt. De inkoop

van het toegewezen netverlies is noodzakelijk om het gastransportnet in werking te houden en is dus een transport ondersteunende dienst.

6. VEN sluit zich aan bij het standpunt van ACM.

7.1 Het College overweegt allereerst dat anders dan ACM ter zitting heeft opgeworpen, er geen grond bestaat om het beroep van Westland niet-ontvankelijk te verklaren. De door ACM in dat verband genoemde uitspraak van 13 februari 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:50) heeft betrekking op een situatie waarin twee rnb's beroep instelden tegen – kort gezegd – de voor de landelijk netbeheerder TenneT vastgestelde tarieven zonder dat zij zich van andere afnemers voor wie deze tarieven gelden onderscheidden, zodat zij niet als belanghebbenden konden worden aangemerkt. Die situatie is niet op één lijn te stellen met de positie die Westland als rnb ten opzichte van de voorliggende codewijziging inneemt.

7.2 Het betoog van Westland komt erop neer dat ACM in het bestreden besluit heeft miskend dat de inkoop van gas door rnb's ter compensatie van netverliezen geen ondersteunende dienst is en dat deze activiteit daarom niet verenigbaar is met artikel 3 Gaswet.

7.3 De Gaswet luidt voor zover hier van belang:

"Artikel 1

1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

(...)

d. gastransportnet: niet tot een gasproductienet behorende, met elkaar verbonden leidingen of hulpmiddelen bestemd of gebruikt voor het transport van gas, met inbegrip van hulpmiddelen en installaties waarmee ondersteunende diensten voor dat transport worden verricht, behoudens voor zover deze leidingen en hulpmiddelen onderdeel uitmaken van een directe lijn of gelegen zijn binnen de installatie van de afnemer;

(...)

t. ondersteunende diensten: de diensten die nodig zijn voor de toegang tot of de werking van gastransportnetten, LNG-installaties of opslaginstallaties, met inbegrip van het opvangen van fluctuaties in de belasting van het gastransportnet en menging, maar met uitzondering van de installaties die uitsluitend ten dienste staan van de netbeheerder van het landelijk gastransportnet bij de uitvoering van zijn taken;

(...)

Artikel 3

1. Een rechtspersoon die de productie, de aankoop of de levering van gas verricht wordt niet aangewezen als netbeheerder.

(...)

5. Een netbeheerder mag een activiteit als bedoeld in het eerste lid uitoefenen indien die activiteit een dat transport ondersteunende dienst is. "

Richtlijn 2003/55/EG van het Europese Parlement en de Raad van 26 juni 2003

betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (Richtlijn 2003/55) luidde voor zover hier van belang:

"Artikel 2

Definities

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

(...)

14. „ ondersteunende diensten“: diensten die nodig zijn voor de toegang tot en de exploitatie van transmissie- en/of distributienetten en/of LNG-installaties en/of opslaginstallaties, met

inbegrip van het opvangen van fluctuaties in systeembelasting en menging, maar uitgezonderd installaties die uitsluitend ten dienste staan van transmissiesysteembeheerders bij de uitoefening van hun functies;

(...) "

Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009

betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG (Richtlijn 2009/73) luidt voor zover hier van belang:

"Artikel 2

Definities

Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

(...)

13. „ systeem“: alle transmissienetten of distributienetten, LNG-installaties en/of opslaginstallaties die eigendom zijn van en/of geëxploiteerd worden door een aardgasbedrijf, met inbegrip van de leidingbuffer en de installaties die ondersteunende diensten verlenen, alsmede die van verwante bedrijven die nodig zijn voor de toegang tot transmissie, distributie en LNG;
14. „ ondersteunende diensten“: een dienst die nodig is voor de toegang tot en de exploitatie van transmissienetten, distributienetten, of LNG-installaties en/of opslaginstallaties, met inbegrip van het opvangen van fluctuaties in systeembelasting, menging en injecteren van inerte gassen maar niet inbegrepen installaties die uitsluitend ten dienste staan van transmissiesysteembeheerders bij de uitoefening van hun functies;

(...) "

7.4 Tussen partijen is niet in geschil – en ook het College is van oordeel – dat uit artikel 3, eerste en vijfde lid, Gaswet volgt dat rnb's slechts gas mogen aankopen indien deze activiteit valt aan te merken als een ondersteunende dienst als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder t, Gaswet.

7.5 Bij 'ondersteunende diensten' zoals gedefinieerd in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder t, Gaswet gaat het – voor zover hier van belang – om diensten die nodig zijn voor de werking van gastransportnetten. Van 'diensten die nodig zijn voor de werking van gastransportnetten' kan naar het oordeel van het College slechts sprake zijn indien zij bestaan in (fysieke) activiteiten of faciliteiten die een technische functie hebben binnen het proces van het gastransport, dat wil zeggen activiteiten die in zodanige relatie staan tot het gastransport dat dit transport zonder die activiteiten – in het gehele systeem of delen daarvan, en al dan niet onder bepaalde omstandigheden – niet of minder goed zou werken.

Deze uitleg vindt steun in de in de definitie bij wijze van voorbeeld genoemde activiteiten die (in ieder geval) als ondersteunende dienst kwalificeren, te weten het opvangen van fluctuaties in de belasting van het gastransportnet en menging; dit zijn immers (fysieke) activiteiten die een technische functie hebben binnen het gastransport. Ook de omstandigheid dat in de definitie van 'gastransportnet' (artikel 1, eerste lid, aanhef en onder d, Gaswet) gesproken wordt van "hulpmiddelen en installaties waarmee ondersteunende diensten voor dat transport worden verricht" wijst in deze richting. Westland betoogt verder terecht dat ook het Europese recht deze lezing steunt. Het begrip 'ondersteunende diensten' is ontleend aan Richtlijn 2003/55 (TK 2003-2004, nr. 29372, nr. 3), welke richtlijn inmiddels is opgevolgd door Richtlijn 2009/73. In deze laatste richtlijn wordt in de definitie van 'ondersteunende diensten' (artikel 2, aanhef en onder 14) in aanvulling op de al genoemde activiteiten als voorbeeld van zodanige dienst het "injecteren van inerte gassen" vermeld; voorts bevat artikel 33 van deze richtlijn op verschillende plaatsen de door Westland aangehaalde passage "opslaginstallaties, leidingbuffer en andere ondersteunende diensten", waarin ondersteunende diensten op één lijn worden gesteld met opslaginstallaties en leidingbuffer. In al deze gevallen gaat het om activiteiten en faciliteiten met een fysiek-technisch karakter, hetgeen bevestigt dat de (Europese) regelgever

met het begrip 'ondersteunende diensten' (uitsluitend) fysiek-technische activiteiten of faciliteiten op het oog heeft gehad.

Het College acht het begrip op dit punt duidelijk. Voor zover het College in zijn uitspraak van 23 december 2011 (ECLI:NL:CBB:2011:BU9127) heeft overwogen dat de betekenis van het begrip ondersteunende dienst niet zodanig duidelijk is dat over de uitleg daarvan redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is, geldt dat deze overweging moet worden begrepen in het licht van de in die zaak door partijen opgeworpen, hier niet aan de orde zijnde vraag of de gasaansluitdienst onder de reikwijdte van dat begrip valt.

- 7.6 Het College ziet zich vervolgens voor de vraag gesteld of de inkoop van gas door rnb's ter compensatie van netverliezen zoals deze voortvloeit uit het bestreden besluit als ondersteunende dienst in deze zin kan worden aangemerkt. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord.

Het College overweegt dat de gasinkoopverplichting voor rnb's inhoudt dat de met de netverliezen corresponderende gasvolumes die voorheen – via de (maand-)meetcorrectiefactor – aan de leveranciers werden toegewezen en daarmee door dezen moesten worden ingekocht, thans aan de rnb's worden toegewezen en nu dus door hen moeten worden ingekocht; concreet betekent dit dat de rnb's bij een leverancierscombinatie gas moeten inkopen en hiervoor een factuur krijgen. Met Westland ziet het College niet in dat deze gasinkoop een (fysieke) activiteit is die een fysiek-technische functie binnen het gastransport vervult. Veeleer leidt deze inkoopverplichting enkel tot een wijziging in de administratief-financiële afwikkeling van in te voeden gasvolumes, en raakt zij niet aan het proces van het gastransport zelf.

ACM stelt weliswaar – en op zichzelf niet ten onrechte – dat het invoeden van extra gas ter compensatie van netverliezen noodzakelijk is teneinde de druk in het transportnet op peil te houden, maar deze stelling gaat eraan voorbij dat de inkoopverplichting voor de rnb's niet de taak met zich brengt om zelf voor de daadwerkelijke invoeding van gas zorg te dragen of anderszins handelingen te verrichten om de druk op peil te houden; in dat verband acht het College van belang dat ACM niet heeft weersproken dat het de beheerder van het landelijk transportnet (GTS) is die verantwoordelijk is voor de drukhandhaving.

ACM stelt verder dat in een goed werkend gastransportnet de gasstromen aan de juiste partijen worden toegewezen. Deze stelling doet aan het voorgaande niet af. De – in wezen louter administratieve – toewijzing van gasstromen behelst immers niet een fysiek-technische activiteit in de hierboven bij 7.5 besproken zin en is dus geen ondersteunende dienst, nog daargelaten dat niet valt in te zien dat de gasinkoop door de rnb's ter compensatie van netverliezen noodzakelijk is voor een juiste toewijzing van gasstromen. Voor zover ACM meent dat de inkoopverplichting anderszins technisch gerelateerd is aan de werking van het gastransport, is zij er niet in geslaagd dit voor het College inzichtelijk te maken.

Aan het vorenstaande doet niet af dat, zoals ACM naar voren heeft gebracht, op de elektriciteitsmarkt de energie voor netverliezen wordt ingekocht door de rnb's, aangezien, anders dan in de Gaswet, in de Elektriciteitswet 1998 geen verbod is opgenomen voor rnb's om energie (elektriciteit) aan te kopen. De Elektriciteitswet 1998 kent bovendien niet het begrip 'ondersteunende diensten'.

- 7.7 Uit het voorgaande volgt dat de toewijzing van netverliezen aan de rnb's leidt tot een verplichting om gas aan te kopen die niet als ondersteunende dienst kan worden aangemerkt en dus in strijd is met artikel 3, eerste en vijfde lid, Gaswet. Het beroep van Westland is gegrond en het bestreden besluit komt in zoverre voor vernietiging in aanmerking.

Het College heeft ter zitting de vraag aan de orde gesteld of, indien het beroep tegen de toewijzing van netverliezen aan de rnb's slaagt, dan enkel dit onderdeel van het bestreden besluit vernietigd zou moeten worden, dan wel het bestreden besluit integraal – dus met inbegrip van de administratieve correctie van de volumeherleidingsfout in de Meetvoorwaarden Gas RNB – zou moeten worden vernietigd. VEN heeft om dit laatste verzocht. Met ACM is het College echter van oordeel dat de correctie van de volumeherleidingsfout op zichzelf staat en

geen verband houdt met de toewijzing van de netverliezen aan de rnb's. Het College zal dan ook volstaan met een vernietiging van het bestreden besluit voor zover daarbij de netverliezen zijn toegewezen aan de rnb's.

#### Beroep Netbeheer (13/645)

8. Nu het beroep van Westland gegrond is en het besluitonderdeel dat betrekking heeft op de toewijzing van netverliezen aan rnb's voor vernietiging in aanmerking komt, heeft Netbeheer geen belang bij een beoordeling van haar tegen ditzelfde besluitonderdeel gerichte beroep. Het beroep van Netbeheer dient dan ook niet-ontvankelijk verklaard te worden.

#### Conclusie

9. Het College ziet aanleiding om ACM te veroordelen in de door Westland in beroep gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 974,-- op basis van 1 punt voor het indienen van een beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde van € 487,-- per punt en wegingsfactor 1.

Van door Netbeheer gemaakte voor vergoeding in aanmerkingen proceskosten is niet gebleken. Het College zal wel bepalen dat ACM het door Netbeheer betaalde griffierecht aan haar vergoedt, nu de niet-ontvankelijkheid van het beroep van Netbeheer voortvloeit uit een aan het bestreden besluit klevende onrechtmatigheid.

### **Beslissing**

Het College:

- verklaart het beroep van Westland gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit voor zover daarbij de netverliezen, door wijziging van de Allocatievoorwaarden Gas en de Begrippenlijst Gas, zijn toegewezen aan de rnb's;
- stelt de voorwaarden aldus vast dat de toewijzing van netverliezen aan de rnb's daarvan geen deel uitmaakt, en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit;
- verklaart het beroep van Netbeheer niet-ontvankelijk;
- draagt ACM op het betaalde griffierecht van € 318,-- aan Netbeheer onderscheidenlijk Westland te vergoeden;
- veroordeelt ACM in de door Westland gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 974,-- te betalen aan Westland.

Deze uitspraak is gedaan door mr. E.R. Eggeraat, mr. M. van Duuren en mr. J.A.M. van den Berk, in aanwezigheid van mr. M.J. van Veen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 21 augustus 2014.

w.g. E.R. Eggeraat w.g. M.J. van Veen

