

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 07/965 en 07/966
18400

10 november 2010

Uitspraak in de zaken van:

1. **Gas Transport Services B.V.**, te Groningen (hierna: GTS), appellante
in zaak AWB 07/965,

gemachtigden: drs. J. Geertsema en mr. E. Gottschal, beiden werkzaam bij GTS,

2. **Vereniging voor Energie, Milieu en Water**, te Woerden (hierna: VEMW), appellante
in zaak AWB 07/966,

gemachtigden: mr. M.R. het Lam, advocaat te Den Haag, en B. Bartels,

tegen

de raad van bestuur van de **Nederlandse Mededingingsautoriteit**, verweerder,
gemachtigden: mr. B.J. Drijber en mr. E.C. Pietermaat, advocaten te Den Haag.

1. Ontstaan en loop van de procedure

1.1 Bij brief van 21 april 2005 hebben de gezamenlijke netbeheerders (hierna ook: gnb) een voorstel ingediend voor de vaststelling van technische voorwaarden als bedoeld in artikel 12b van de Gaswet.

Bij brief van 5 oktober 2005 heeft verweerder de gnb verzocht dit voorstel op een aantal onderdelen aan te passen, dan wel toe te lichten.

Bij brief van 3 november 2005 hebben de gnb naar aanleiding van dit verzoek een gewijzigd voorstel ingediend en daarbij een nadere toelichting gegeven.

Bij besluit van 27 juni 2006 heeft verweerder op grond van artikel 12f van de Gaswet de Begrippenlijst Gas, de Transportvoorwaarden Gas-LNB (hierna: TV), de Wettelijke taken LNB van algemeen belang (hierna: WT), de Allocatievoorwaarden Gas en de Samenwerkingsregeling netbeheerders gas vastgesteld.

Tegen dit besluit hebben GTS, de netbeheerder van het landelijk gastransportnet, en VEMW tijdig bezwaar gemaakt.

Bij brief van 30 januari 2007 hebben de gnb een voorstel tot wijziging van de TV en de WT bij verweerder ingediend, teneinde een systeem voor contractering op zogenoemde OV-exitpunten te realiseren.

In mei 2007 heeft TPA Solutions Limited (hierna: TPA) in opdracht van verweerder een onderzoek gedaan naar het nut en de noodzaak van de reserveringsverplichting en de anti-gijzelingsbepaling. TPA heeft haar bevindingen neergelegd in het rapport "Advice on the design of the Gas Transport Services ("GTS") capacity regime".

Vervolgens heeft verweerder op 29 oktober 2007 het bestreden besluit, met kenmerken 102379_1/52, 102379_2/13, 102379_3/19, 102379_4/25 en 102379_5/23, genomen en heeft hij beslist op de bezwaren van appellanten tegen het besluit van 27 juni 2006.

Tegen dit besluit heeft GTS bij brief van 7 december 2007, bij het College binnengekomen op 10 december 2007, beroep ingesteld. Bij brief van 21 februari 2008 heeft GTS de gronden van haar beroep aangevuld. Dit beroep is bij het College geregistreerd onder zaaknummer AWB 07/965.

VEMW heeft bij brief van 7 december 2007, bij het College binnengekomen op dezelfde datum, eveneens beroep ingesteld tegen voormeld besluit. Bij brief van 7 januari 2008 heeft VEMW de gronden van haar beroep aangevuld. Dit beroep is bij het College geregistreerd onder zaaknummer AWB 07/966.

Bij besluit van 19 december 2007 heeft verweerder op basis van het voorstel van de gnb van 30 januari 2007 op grond van artikel 12f van de Gaswet een wijziging van de

technische voorwaarden vastgesteld, in die zin dat in artikel 2.1.2b van de TV een regeling is opgenomen met betrekking tot de contractering van capaciteit op OV-exitpunten.

Bij brieven van 6 mei 2008 heeft verweerder in beide zaken verweerschriften ingediend.

Bij brief van 14 augustus 2008 heeft VEMW in zaak AWB 07/966 een nader stuk ingediend.

Bij besluit van 15 oktober 2008 heeft verweerder het besluit van 19 december 2007 herroepen, in zoverre dat artikel 2.1.2b van de TV gewijzigd wordt vastgesteld.

Bij brief, bij het College binnengekomen op 15 september 2008, heeft VEMW een schriftelijke uiteenzetting met betrekking tot het beroep van GTS ingediend.

Bij brief van 25 november 2008 heeft VEMW beroep ingesteld tegen het besluit van 15 oktober 2008. Dit beroep is bij het College geregistreerd onder zaaknummer AWB 08/924.

Bij brief van 25 juni 2010 heeft GTS haar beroep in zaak AWB 07/965 gedeeltelijk ingetrokken.

Op 7 juli 2010 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij partijen, vertegenwoordigd door hun gemachtigden, zijn verschenen.

2. Beoordeling van het geschil

- 2.1 Bij haar brief van 25 juni 2010 heeft GTS haar beroepsgronden ten aanzien van het socialiseren van kwaliteitsconversie, de uitbreiding van de publicatieverplichtingen van GTS, de dienst wheeling, de in artikel 2.1.11 van de TV vervatte verplichting om reservecapaciteit aan te houden voor pieklevering en de voorziene transportonderbrekingen ingetrokken. Ter zitting heeft GTS ook haar beroepsgrond ten aanzien van de verplaatsing van artikel 5.1.3 van de TV naar hoofdstuk 2 van de TV en het verzoek om het opleggen van een dwangsom ingetrokken.

Ontvankelijkheid van het bezwaar van VEMW

- 2.2 Verweerder heeft in het bestreden besluit de bezwaren van VEMW niet-ontvankelijk verklaard, voor zover deze zijn gericht tegen onder meer artikel 4.3.2 van de TV en heeft daartoe overwogen dat VEMW geen belang heeft bij beoordeling van haar bezwaren tegen voorwaarden met betrekking tot allocatie. Deze voorwaarden zien op de (werk)relatie tussen de netbeheerder van het landelijk gastransportnet en shippers. VEMW vertegenwoordigt geen van deze partijen zodat zij geen rechtstreeks belang heeft. In het verweerschrift in zaak AWB 07/966 heeft verweerder voorts opgemerkt dat artikel 61, vierde lid, van de Gaswet slechts vastlegt dat een representatieve organisatie namens en dus in de plaats van individuele leden kan optreden en dat daarmee niet is gezegd dat een dergelijke organisatie automatisch belanghebbende is ten aanzien van eender welk besluit, ongeacht wat er in staat.
- 2.2.1 VEMW heeft hiertegen aangevoerd dat verweerder heeft miskend dat het allocatieproces onlosmakelijk is verbonden met het transport van gas ten behoeve van afnemers. Uit artikel 10, aanhef en onderdeel b, van de Ministeriële regeling tariefstructuren en voorwaarden Gas (hierna: de Regeling) en artikel 12b, eerste lid, onderdeel a, van de Gaswet volgt dat afnemers belanghebbenden zijn bij het allocatieproces. Ook uit artikel 61, vierde lid, van de Gaswet volgt, aldus VEMW, dat zij als representatieve organisatie van netgebruikers als belanghebbende bij het besluit tot vaststelling van onder meer de artikelen 4.3.2 van de TV, 2.3.5 Allocatievoorwaarden Gas en onderdeel B3.2.2 Allocatievoorwaarden Gas moet worden aangemerkt.
- 2.2.2 Artikel 61 van de Gaswet luidt, voor zover hier van belang, als volgt:
- "Artikel 61
1. Tegen een op grond van deze wet genomen besluit, met uitzondering van een besluit op grond van de artikelen 16 en 60ad, kan een belanghebbende beroep instellen bij het College van beroep voor het bedrijfsleven.
 2. (...)
 3. Voor zover een door de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit genomen besluit, genomen op grond van de artikelen 12f, 12g, 81, 81c, en 82 aangemerkt wordt als algemeen verbindend voorschrift, kan een belanghebbende beroep instellen bij het College van beroep voor het bedrijfsleven.
 4. Een representatieve organisatie van netgebruikers op de gasmarkt wordt

geacht belanghebbende te zijn bij besluiten genomen op grond van deze wet."

2.2.3 Niet in geschil is dat VEMW een representatieve organisatie van netgebruikers is als bedoeld in de Gaswet. Zoals het College reeds in zijn uitspraak van 17 januari 2008, LJN: BC3412, www.rechtspraak.nl, heeft overwogen impliceert het vierde lid van artikel 61 van de Gaswet voor representatieve organisaties een uitbreiding van het belanghebbende-begrip en dient de beoordeling van de ontvankelijkheid van de bezwaren van een representatieve organisatie tegen een besluit, genomen op grond van de Gaswet, dan ook niet plaats te vinden aan de hand van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en de ter zake gevormde jurisprudentie. Anders dan verweerder betoogt, is er in dit geval dan ook geen plaats voor een beoordeling van het belang van een representatieve organisatie bij afzonderlijke onderdelen van het besluit tot vaststelling van voorwaarden op grond van artikel 12f van de Gaswet, nu representatieve organisaties immers nadrukkelijk en zonder voorbehoud zijn aangemerkt als categoriaal belanghebbende bij besluiten op grond van de Gaswet en dus ook bij het onderhavige besluit, ongeacht de inhoud van de voorwaarden. De stelling van verweerder dat artikel 61, vierde lid, van de Gaswet uitsluitend vastlegt dat een representatieve organisatie namens en dus in plaats van haar individuele leden kan optreden en dat daarmee niet is gezegd dat een dergelijke organisatie automatisch belanghebbende is ten aanzien van elk besluit, ongeacht de inhoud ervan, volgt het College niet. Voor deze stelling is geen steun te vinden in de parlementaire geschiedenis bij artikel 61 van de Gaswet. Verweerdere stelling is te minder aannemelijk nu daaruit zou volgen dat het vierde lid van artikel 61 van de Gaswet geen meerwaarde zou hebben ten opzichte van artikel 1:2, derde lid, Awb en in zoverre zinledig zou zijn.

2.2.4 Reeds gelet op het voorgaande heeft verweerder de bezwaren van VEMW ten onrechte deels niet-ontvankelijk verklaard. Het beroep van VEMW is in zoverre gegrond, zodat het bestreden besluit op dit punt wegens strijd met artikel 61, vierde lid, van de Gaswet voor vernietiging in aanmerking komt. Verweerder zal alsnog op voormelde bezwaren van VEMW dienen te beslissen.

Artikel 2.3.1 van de WT

2.3 De bij besluit van 27 juni 2006 vastgestelde voorwaarde 2.3.1 van de WT is bij het

bestreden besluit herroepen. Deze voorwaarde luidde als volgt:

"2.3.1

De netbeheerder van het landelijk gastransportnet houdt in het kader van de transportzekerheid, op basis van de exitcapaciteit die bestemd is voor aangeslotenen op de Nederlandse gastransportnetten, transportcapaciteit aan op het landelijk gastransportnet."

- 2.3.1 In het bestreden besluit heeft verweerder artikel 2.3.1 van de WT herroepen omdat hij op basis van het wijzigingsvoorstel van de gnb van 30 januari 2007 en het daarop volgende rapport van TPA geen grond meer zag voor handhaving van de reserveringsverplichting als bedoeld in deze voorwaarde. De reserveringsverplichting is vervangen door een regeling conform het wijzigingsvoorstel van de gnb, waarbij de shippers worden verplicht om alle totaal benodigde exitcapaciteit te contracteren die nodig is voor de binnenlandse leveringszekerheid, voor zover dit betreft de aangeslotenen op de regionale netten. Omdat het voorgestelde artikel 2.1.2b van de TV een integraal onderdeel uitmaakt van een samenhangend geheel van nadere voorwaarden, neergelegd in het wijzigingsvoorstel van 30 januari 2007, kan artikel 2.1.2b van de TV niet los worden vastgesteld van de overige onderdelen van het voorstel van de gnb. Verweerder is daarom in de onderhavige beslissing op bezwaar nog niet overgegaan tot de vaststelling van artikel 2.1.2b van de TV. Dit is alsnog gebeurd bij het primaire besluit dat verweerder heeft genomen op het wijzigingsvoorstel van de gnb van 30 januari 2007.
- 2.3.2 VEMW heeft hiertegen aangevoerd dat het herroepen van artikel 2.3.1 tot gevolg heeft dat voor afnemers, niet zijnde kleinverbruikers, rechtstreeks aangesloten op het landelijk gastransportnet, niet langer voorzieningen door GTS behoeven te worden getroffen ter waarborging van de transportzekerheid van deze afnemers. Dit is in strijd met het bepaalde in artikel 10a, eerste lid, onderdeel g, van de Gaswet, op grond waarvan GTS voorzieningen moet treffen, zodat er voor netgebruikers voldoende transportcapaciteit beschikbaar is met het oog op transportzekerheid. Verweerder miskent dat de regeling inzake het contracteren van capaciteit op OV-exitpunten, als uitgewerkt in artikel 2.1.2b van de TV, niet is bedoeld om de transportzekerheid van afnemers op regionale gasnetten te waarborgen. Die regeling is geen alternatief voor het vervallen artikel 2.3.1 van de WT.

2.3.3 De artikelen 10a, eerste lid, aanhef en onder g, en 12b, eerste lid, aanhef en onder d, van de Gaswet luiden als volgt:

"Artikel 10a

1. Onverminderd de artikelen 10, 42 en 54a, en hoofdstuk 2 heeft de netbeheerder van het landelijk gastransportnet tevens tot taak:
g. voorzieningen te treffen, gericht op de beschikbaarheid van voldoende transportcapaciteit met het oog op voldoende transportzekerheid.

Artikel 12b

1. Met inachtneming van de in artikel 12 bedoelde regels zenden de gezamenlijke netbeheerders aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de door hen jegens netgebruikers te hanteren voorwaarden met betrekking tot:
d. de wijze waarop de netbeheerder van het landelijk gastransportnet uitvoering geeft aan de hem op grond van artikel 10a, eerste lid, onderdelen a, b, c, d en g opgedragen taken;"

2.3.4 Het College stelt voorop dat het besluit van 19 december 2007, zoals gewijzigd bij besluit van 15 oktober 2008, waarbij artikel 2.1.2b van de TV is vastgesteld, in deze procedure niet aan de orde is en dat de bezwaren van VEMW tegen de in artikel 2.1.2b van de TV vervatte regeling slechts in een op voormelde besluiten betrekking hebbende procedure kunnen worden beoordeeld. Dit geldt derhalve ook voor de vraag of artikel 2.1.2b van de TV al dan niet voorziet in voorzieningen als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder g, van de Gaswet. De door VEMW opgeworpen vraag of verweerder ten tijde van het bestreden besluit de voorziene vaststelling van de in artikel 2.1.2b van de TV vervatte regeling redelijkerwijs kon beschouwen als een voor artikel 2.3.1 van de WT alternatieve voorziening als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder g, van de Gaswet en hierin een deugdelijke grondslag kon zien voor de herroeping hiervan behoeft naar het oordeel van het College in onderhavige procedure evenmin beantwoording. Daarbij betreft het College dat uit artikel 12b, eerste lid, onder d, gelezen in samenhang met artikel 10a, eerste lid, onder g, van de Gaswet volgt dat in de voorwaarden weliswaar voorzieningen moeten worden getroffen ter waarborging van voldoende transportzekerheid, maar dit niet met zich brengt dat reeds in het thans aan de orde zijnde besluit een voorwaarde in het kader van artikel 10a, eerste lid, onder g, van de Gaswet had moeten worden vastgesteld. De Gaswet noch enige andere wettelijke regeling verzetten zich er in beginsel tegen dat verschillende voorwaarden in afzonderlijke besluiten worden vastgesteld en niet is gebleken van een onlosmakelijke samenhang tussen artikel 2.3.1 van de WT en de overige vastgestelde

voorwaarden, die aan de herroeping van dit artikel in de weg staat. Derhalve stond het verweerder in dit geval vrij om artikel 2.3.1 van de WT, in afwachting van een andere regeling, te herroepen. Het betoog van VEMW ten aanzien van de herroeping van artikel 2.3.1 van de WT faalt.

Procedure tot vaststelling van voorwaarden

- 2.4 Verweerder heeft in het bestreden besluit overwogen dat in artikel 7:11, eerste lid, Awb is bepaald dat op grondslag van de ingediende bezwaren een heroverweging van het bestreden besluit plaatsvindt. Dit maakt een analyse van het van toepassing zijnde wettelijke kader noodzakelijk, in het bijzonder van het bepaalde in artikel 12f van de Gaswet. Op grond van artikel 12b van de Gaswet dienen de gnb een voorstel tot vaststelling van de technische voorwaarden bij verweerder in. In artikel 12f van de Gaswet is geregeld dat verweerder met inachtneming van dit voorstel, alsmede de resultaten van het overleg met representatieve organisaties van netgebruikers en een aantal nader in het artikel opgesomde belangen de technische voorwaarden vaststelt. Verweerder is derhalve bevoegd tot vaststelling van de technische voorwaarden. Deze bevoegdheid is zo vormgegeven dat indien verweerder tot de slotsom komt dat het voorstel van de gnb in strijd is met de belangen als bedoeld in artikel 12f, eerste lid, van de Gaswet, hij de gnb kan opdragen het voorstel zodanig te wijzigen dat deze strijd wordt opgeheven. Indien het voorstel niet overeenkomstig de opdracht wordt gewijzigd is verweerder bevoegd en verplicht om de technische voorwaarden vast te stellen onder het aanbrengen van zodanige wijzigingen dat deze in overeenstemming zijn met de in artikel 12f, eerste lid, van de Gaswet genoemde belangen. Uit het wettelijke stelsel volgt dat bij de vaststelling van de technische voorwaarden een gewichtige plaats is ingeruimd voor het voorstel van de gnb. De inhoud van dit voorstel is voor een groot deel leidend voor de door verweerder vast te stellen voorwaarden. Het voorstel van de gnb is echter niet doorslaggevend, omdat naast het voorstel ook rekening moet worden gehouden met de in de wet genoemde belangen. Binnen het systeem van de Gaswet zijn deze belangen nevensgeschikt aan het voorstel van de gnb. Verweerder merkt op dat deze belangen abstract zijn omschreven, zodat verweerder bij de invulling daarvan een zekere beoordelingsvrijheid toekomt. In deze beslissing op bezwaar is verweerder op een aantal punten tot de conclusie gekomen dat een bepaling moet worden gewijzigd, maar dat er geen voorstel van de gnb voorhanden is op basis waarvan verweerder kan komen tot een gewijzigde vaststelling. Verweerder

heeft zich voorgenomen de gnb te vragen om een voorstel tot wijziging uit te brengen. Het voorgaande betreft onder meer de kernvoorwaarden voor het faciliteren van de TTF in technische zin, de implementatie van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet en artikel 2.4.1 van de TV (use it or lose it-principe).

2.4.1 GTS heeft betoogd dat verweerder zich buiten het wettelijke kader heeft begeven dat zijn bevoegdheid begrenst. De verschillende leden van artikel 12f van de Gaswet beschrijven een duidelijke procedure om de tariefstructuren en voorwaarden vast te stellen. Verweerder kan de gnb enkel opdragen hun voorstel te wijzigen indien sprake is van strijd met (één van) de belangen, regels of eisen genoemd in artikel 12f, eerste en tweede lid, van de Gaswet. Bovendien dient hij altijd eerst de gnb middels een wijzigingsopdracht in de gelegenheid te stellen deze strijd op te heffen, alvorens zelf wijzigingen aan te brengen. Pas als de gnb niet aan een door verweerder gegeven wijzigingsopdracht hebben voldaan, kan verweerder tot zelfstandige wijziging en vaststelling van de voorwaarden overgaan. In dit verband wijst GTS op de uitspraak van het College van 9 oktober 2009, LJN: BK1195, www.rechtspraak.nl, waaruit volgt dat de contouren van een wijzigingsopdracht op grond van artikel 12f van de Gaswet bepalend zijn voor de omvang van de bevoegdheid van verweerder om veranderingen aan te brengen in de voorstellen van de gnb. Verweerder heeft die contouren niet in acht genomen bij de toevoeging van artikel 7.3 van de TV over de Title Transfer Facility (hierna: TTF) en het schrappen van artikel 2.4.1 van de TV. Daarnaast heeft verweerder op zes plaatsen in het bestreden besluit een onderwerp buiten de procedure tot vaststelling van de voorwaarden geplaatst door zich ten aanzien hiervan voor te nemen de gnb te verzoeken een wijzigingsvoorstel in te dienen, terwijl verweerder wel beslissingen neemt over deze onderwerpen. GTS is van mening dat deze rechtsoordelen, waaraan verweerder een verzoek tot het indienen van een nieuw wijzigingsvoorstel verbindt, de status van een appellabel besluit hebben.

2.4.2 VEMW heeft aangevoerd dat verweerder heeft gehandeld in strijd met artikel 7:11 Awb en artikel 12f van de Gaswet door haar in het bestreden besluit op een aantal punten wel in het gelijk te stellen en vervolgens de gnb slechts te verzoeken om wijzigingvoorstellen in te dienen. Verweerder had het proces op grond van artikel 7:11 Awb zelf in de hand moeten houden.

2.4.3 De artikelen 12b en 12f van de Gaswet luiden, voor zover hier en ten tijde van belang, als

volgt:

"Artikel 12b

1. Met inachtneming van de in artikel 12 bedoelde regels zenden de gezamenlijke netbeheerders aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de door hen jegens netgebruikers te hanteren voorwaarden met betrekking tot:
 - a. de wijze waarop netbeheerders en afnemers alsmede netbeheerders zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van het in werking hebben van de gastransportnetten, het voorzien van een aansluiting op het net en het uitvoeren van transport van gas over het gastransportnet;
 - b. de wijze waarop netbeheerders en afnemers alsmede netbeheerders zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van het meten van gegevens betreffende het transport van gas en de uitwisseling van meetgegevens;
 - c. de kwaliteitscriteria waaraan netbeheerders moeten voldoen met betrekking tot hun dienstverlening;
 - d. de wijze waarop de netbeheerder van het landelijk gastransportnet uitvoering geeft aan de hem op grond van artikel 10a, eerste lid, onderdelen a, b, c, d en g opgedragen taken;
 - e. de regeling van samenwerking tussen de netbeheerders ten aanzien van de uitvoering van de taken als opgenomen in de artikelen 10 en 10a alsmede het waarborgen van het netbeheer van alle netten en het transport van gas in buitengewone omstandigheden.
- (...)

Artikel 12f

1. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit stelt de tariefstructuren en de voorwaarden vast met inachtneming van:
 - a. het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders als bedoeld in artikel 12a, 12b of 12c en de resultaten van het overleg, bedoeld in artikel 12d;
 - b. het belang van het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functioneren van de gasvoorziening;
 - c. het belang van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de gasmarkt;
 - d. het belang van de bevordering van het doelmatig handelen van netgebruikers;
 - e. het belang van een goede kwaliteit van dienstverlening van netbeheerders, en
 - f. het belang van het op een objectieve, transparante en niet-discriminatoire wijze in evenwicht houden van het landelijk gastransportnet en op een wijze die de kosten weerspiegelt;
 - g. de in artikel 12 bedoelde regels;
 - h. de verordening.
- (...)
3. Indien een voorstel als bedoeld in artikel 12a, 12b, of 12c naar het oordeel van de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit in strijd is met het belang, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, c, d, e of f, met de regels, bedoeld in het eerste lid, onderdelen g en h of met de eisen, bedoeld in het tweede lid, draagt de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit de gezamenlijke netbeheerders op het voorstel onverwijld zodanig te wijzigen dat deze strijd wordt opgeheven. Artikel 4:15 van de Algemene wet bestuursrecht is van

overeenkomstige toepassing.

4. Indien de gezamenlijke netbeheerders niet binnen vier weken het voorstel wijzigen overeenkomstig de opdracht van de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit, bedoeld in het derde lid, stelt de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit de tariefstructuren of de voorwaarden vast onder het aanbrengen van zodanige wijzigingen dat deze in overeenstemming zijn met de belangen, bedoeld in het eerste lid, onderdelen b tot en met f, met de regels, bedoeld in het eerste lid, onderdelen g en h en met de eisen, bedoeld in het tweede lid."

2.4.4 Het College stelt, onder verwijzing naar zijn eerdergenoemde uitspraak van

9 oktober 2009, voorop dat het uitgangspunt bij het vaststellen van transportvoorwaarden is dat verweerder het voorstel van de gnb, als bedoeld in artikel 12b, eerste lid, van de Gaswet, en de resultaten van het overleg tussen de representatieve organisaties van netgebruikers en de gnb in acht neemt. Indien het voorstel in strijd is met de belangen, bedoeld in artikel 12f, eerste lid, onder b, c, d, e of f, dan wel met de regels bedoeld in het eerste lid, onder g en h, of met de eisen, bedoeld in het tweede lid, draagt verweerder de gnb op het voorstel zodanig te wijzigen dat de strijd wordt opgeheven. Indien de gnb niet binnen vier weken het voorstel aanpassen overeenkomstig de opdracht, stelt verweerder op grond van artikel 12f, vierde lid, van de Gaswet de voorwaarden vast onder het aanbrengen van zodanige wijzigingen dat voornoemde strijd wordt opgeheven. Na het primaire besluit tot vaststelling van de voorwaarden is de procedure als bedoeld in artikel 12f van de Gaswet beëindigd en vervolgens kunnen belanghebbenden tegen dat primaire besluit bezwaar maken. Verweerder dient in dat geval, gelet op artikel 7:11, eerste lid, Awb, op de grondslag van de ingediende bezwaren een volledige heroverweging van dat besluit te maken. Bij deze heroverweging is verweerder aan het in artikel 12f van de Gaswet vervatte toetsingskader gebonden, in die zin dat hij een bezwaar gegrond dient te verklaren indien hij aan de hand daarvan tot het oordeel moet komen dat hij zijn in artikel 12f van de Gaswet vervatte bevoegdheid niet juist heeft uitgeoefend bij de vaststelling van de voorwaarden. Na gegrondverklaring van bezwaren dient verweerder, voor zover mogelijk, de betreffende voorwaarde te herroepen en de gnb de opdracht te geven om binnen vier weken en met inachtneming van het besluit op bezwaar een voorstel ten aanzien van die voorwaarde in te dienen. Indien de gnb niet of niet tijdig aan een opdracht, als bedoeld in artikel 12f, derde lid, van de Gaswet, voldoen ontstaat voor verweerder op grond van het vierde lid ook in bezwaar de bevoegdheid om, binnen de grenzen van de gegeven wijzigingsopdracht, voorwaarden vast te stellen onder het aanbrengen van de door hem

noodzakelijk geachte wijzigingen. Het College ziet zich, gelet op het hiervoor beschreven kader, geplaatst voor de vraag of verweerder dit kader juist heeft toegepast en zal dit per bestreden voorwaarde of voorwaarden hieronder beoordelen.

Artikel 2.1.1 en paragraaf 3.1 van de TV (shippersmodel)

- 2.5 Bij besluit van 27 juni 2006 heeft verweerder artikel 2.1.1 en paragraaf 3.1 van de TV vastgesteld en in het bestreden besluit heeft hij deze voorwaarden in stand gehouden. De voorwaarden luiden als volgt:

"2.1.1

Gastransport vindt plaats op grond van een tussen de netbeheerder van het landelijk gastransportnet en een shipper te sluiten overeenkomst en houdt in dat de netbeheerder van het landelijk gastransportnet gas aangeboden op een entrypunt in het landelijk gastransportnet inneemt en op een exitpunt ter beschikking stelt. Gastransport is opgedeeld in de diensten entrycapaciteit en exitcapaciteit. De diensten kunnen onafhankelijk van elkaar bij de netbeheerder van het landelijk gastransportnet gecontracteerd worden.

(...)

3.1

Erkenning

3.1.1

Een ieder kan gebruik maken van de diensten van de netbeheerder van het landelijk gastransportnet door overeenkomsten te sluiten met deze netbeheerder. Daartoe dienen zij aan onderstaande kwalificaties te voldoen.

3.1.2

De netbeheerder van het landelijk gastransportnet accepteert een ieder als deelnemer aan het gastransport die:

- a. voldoende kredietwaardig is in relatie tot zijn beoogde transportverplichtingen, dat wil zeggen dat is voldaan aan de eisen met betrekking tot financiële zekerheidstelling die past bij het kredietrisico dat volgens vastgestelde regels door de netbeheerder van het landelijk gastransportnet aan de partij is toegekend. Deze regels zijn opgenomen in bijlage 1 bij de Transportvoorwaarden Gas-LNB; en
- b. voldoet aan de eisen met betrekking tot elektronisch berichtenverkeer met betrekking tot nominaties; deze worden gepubliceerd op de website van de netbeheerder van het landelijk gastransportnet; en
- c. in alle opzichten uiting geeft te beschikken over de deskundigheid en zorgvuldigheid en over de technische, administratieve en organisatorische faciliteiten, die vereist zijn om deelnemer aan het gastransport in het landelijk gastransportnet te kunnen zijn en zich in overeenstemming daarmee gedraagt.

3.1.3

Een ieder kan bij de netbeheerder van het landelijk gastransportnet een aanvraag indienen om toegelaten te worden als deelnemer aan het gastransport in het landelijk gastransportnet, volgens een door de netbeheerder vastgesteld en via de website op te vragen model. Indien aan de voorwaarden onder 3.1.2 is voldaan, verstrekt de netbeheerder van het landelijk gastransportnet de aanvrager een erkenning door middel van publicatie op zijn website. De partij die erkend is wordt aangeduid als shipper.

3.1.4

De netbeheerder van het landelijk gastransportnet kan toestemming verlenen aan een derde die voldoet aan de eisen met betrekking tot elektronisch berichtenverkeer zoals bedoeld in 3.1.2.b, maar die niet zelf een shipper is, om het operationele berichtenverkeer zoals beschreven in 4.2 uit te voeren namens een shipper"

2.5.1 Verweerder heeft in het bestreden besluit ten aanzien van de artikelen 2.1.1 en paragraaf 3.1 van de TV overwogen dat het bepaalde in artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet op zichzelf niet onverenigbaar is met het thans geldende shippersmodel. Aan de andere kant stelt hij vast dat nader zal moeten worden bezien op welke wijze de inhoud van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet in de technische voorwaarden moet worden geïmplementeerd. Een zodanige implementatie is bij gebreke van een daartoe strekkend voorstel van de gnb binnen het kader van de onderhavige beslissing op bezwaar niet mogelijk. Verweerder zal de gnb vragen om een voorstel tot wijziging uit te brengen ter implementatie van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet.

2.5.2 VEMW heeft aangevoerd dat uit artikel 2.1.1 van de TV ten onrechte voortvloeit dat uitsluitend shippers transportcapaciteit kunnen contracteren bij de netbeheerder van het landelijk gastransportnet. De voorwaarden in paragraaf 3.1 van de TV om de status van shipper te krijgen zijn zodanig geformuleerd dat in de praktijk geen enkele afnemer in staat is aan deze eisen te voldoen. De TV zijn op dit punt in strijd met de artikelen 14, eerste lid, en 12b, eerste lid, onderdeel a, van de Gaswet. Verder is het zogenoemde shippersmodel in strijd met artikel 12b, eerste lid, onderdeel a, gelezen in samenhang met artikel 12b, lid 2a, onderdeel a, van de Gaswet, nu dit model de tussenkomst van een derde verplicht maakt. De in paragraaf 3.1 van de TV en meer in het bijzonder de in artikel 3.2.1 van de TV opgenomen eisen om shipper te kunnen worden zijn bovendien in strijd met het in artikel 12f, tweede lid, van de Gaswet opgenomen vereiste van evenredigheid. Niet in te zien is dat het belang van een betrouwbaar en doelmatig gastransport zich er tegen verzet dat een

afnemer het gastransport uitvoert en daarbij het elektronisch berichtenverkeer uitbesteedt.

2.5.3 GTS heeft in verband met het door VEMW bestreden shippersmodel aangevoerd dat een ieder, die aan de eisen van artikel 3.2.1 van de TV voldoet, de status van shipper kan verkrijgen en zodoende transportcapaciteit kan contracteren bij de netbeheerder van het landelijk gastransportnet. GTS is van mening dat het shippersmodel verenigbaar is met artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet en dat verweerder zich in zoverre ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat moet worden bezien op welke wijze de inhoud van dit artikel in de voorwaarden zal moeten worden geïmplementeerd. GTS is van mening dat verweerder geen verzoek had mogen doen aan de gnb om een voorstel in te dienen ter implementatie van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet.

2.5.4 In de Gaswet is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

"Artikel 1

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

l. netgebruiker: degene voor wie met behulp van een gastransportnet het transport van gas wordt verricht;

(...)

o. afnemer: een persoon met een aansluiting op een gastransportnet;

(...)

Artikel 12b

1. Met inachtneming van de in artikel 12 bedoelde regels zenden de gezamenlijke netbeheerders aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de door hen jegens netgebruikers te hanteren voorwaarden met betrekking tot:

a. de wijze waarop netbeheerders en afnemers alsmede netbeheerders zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van het in werking hebben van de gastransportnetten, het voorzien van een aansluiting op het net en het uitvoeren van transport van gas over het gastransportnet;

(...)

2a. In de voorwaarden bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, wordt in ieder geval vastgelegd dat:

a. het transport van gas door het landelijk gastransportnet plaatsvindt op basis van een systematiek uitgaande van entry- en exitpunten, waarbij de capaciteit op de entry- en exitpunten door afnemers met een aansluiting op het landelijke gastransportnet en netgebruikers afzonderlijk kan worden gecontracteerd;

(...)

Artikel 14

1. Behoudens artikel 15 is een netbeheerder verplicht, in voorkomend geval

tezamen met een verwant bedrijf, degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde gastransportnet en van een of meer installaties van het verwante bedrijf ten behoeve van de verzoeker transport van gas en de dat transport ondersteunende diensten te verrichten tegen een tarief alsmede tegen voorwaarden die in overeenstemming zijn met de artikelen 12f of 12g, 81c of 82.
(...)"

2.5.5 Het betoog van VEMW ten aanzien van artikel 2.1.1 en paragraaf 3.1 van de TV slaagt.

Daartoe overweegt het College het volgende. Uit artikel 12b, lid 2a, onder a, van de Gaswet, dat op 13 december 2006 in werking is getreden, volgt dat in de voorwaarden dient te worden vastgelegd dat niet alleen netgebruikers, waaronder shippers moeten worden verstaan, maar dat ook afnemers met een aansluiting op het landelijk gastransportnet moeten kunnen contracteren met de landelijke netbeheerder ten aanzien van het transport van gas op zijn transportnet. Verweerder heeft naar aanleiding van een door VEMW aangevoerd bezwaar overwogen dat nader zal moeten worden bezien op welke wijze de inhoud van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet in de voorwaarden moet worden geïmplementeerd en dat de gnb een verzoek zal worden gedaan om een voorstel in te dienen ter implementatie hiervan. Vervolgens heeft verweerder evenwel in zijn besluit van 29 oktober 2007 artikel 2.1.1 en paragraaf 3.1 van de TV ongewijzigd vastgesteld en daarbij overwogen dat het shippersmodel op zichzelf niet onverenigbaar is met artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet. Uit de vastgestelde voorwaarden vloeit naar het oordeel van het College echter voort dat uitsluitend door de netbeheerder van het landelijk gastransportnet erkende shippers met GTS kunnen contracteren met betrekking tot het transport van gas, hetgeen niet verenigbaar is met het bepaalde in artikel 12b, lid 2a, onder a, van de Gaswet. De stelling van verweerder en GTS dat reeds aan artikel 12b, lid 2a, onder a, van de Gaswet is voldaan, nu een ieder shipper kan worden, mits wordt voldaan aan de eisen van paragraaf 3.1 van de TV volgt het College niet. Met artikel 12b, lid 2a, onder a, van de Gaswet is juist beoogd dat afnemers met een aansluiting op het landelijk gastransportnet naast netgebruikers, zoals shippers, met GTS kunnen contracteren. De status van shipper is hiervoor niet vereist. Bij een wijziging van het wettelijke kader hangende de bezwaarprocedure, zoals zich in dit geval heeft voorgedaan, dient een besluit op bezwaar te worden genomen met inachtneming van dat gewijzigde kader, tenzij een andersluidende overgangsregeling is getroffen. Dit doet zich hier niet voor, nu de wetswijziging waarbij artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet is ingevoerd, geen overgangsrecht kent. Dat ten tijde van

het bestreden besluit geen voorstel voorhanden was dat voorzag in een implementatie van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet in de voorwaarden en verweerder hierom heeft verzocht is geen rechtvaardiging om, in afwachting van een dergelijk voorstel, voorwaarden vast te stellen die in strijd zijn met het bepaalde in de Gaswet. Gelet op het voorgaande heeft verweerder gehandeld in strijd met artikel 7:11, tweede lid, Awb.

2.5.6 Gelet op het voorgaande treft deze grond van VEMW doel en dient het bestreden besluit wegens strijd met artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet te worden vernietigd, voor zover artikel 2.1.1 en paragraaf 3.1 van de TV, zoals vastgesteld bij besluit van 27 juni 2006, in stand zijn gehouden. Het College ziet voorts aanleiding deze voorwaarden te herroepen.

2.5.7 De stelling van GTS dat verweerder geen verzoek tot het indienen van een wijzigingsvoorstel had mogen doen, volgt het College niet. Noch de Gaswet noch enige andere wettelijke bepaling verzet zich er tegen dat verweerder een dergelijk verzoek doet. Ten aanzien van het betoog van GTS dat het bestreden besluit op dit punt een voor beroep vatbaar rechtsoordeel bevat, overweegt het College dat het standpunt van verweerder dat in verband met de implementatie van artikel 12b, lid, 2a, van de Gaswet door de gnb een voorstel zal moeten worden gedaan en dat verweerder hierom heeft verzocht niet een dergelijk oordeel inhoudt. Daarbij is van belang dat de uitzonderingssituatie waarbij een dergelijk oordeel zonder rechtsgevolg uit een oogpunt van rechtsbescherming wel met een besluit is gelijk te stellen en voor beroep vatbaar is, zich hier niet voordoet, nu het voor GTS niet onevenredig bezwarend is om definitieve besluitvorming af te wachten en daartegen desgewenst in rechte op te komen. Het betoog van GTS faalt.

Artikel 2.1.2a van de TV (anti-gijzelingsvoorwaarde)

2.6 Bij het primaire besluit van 27 juni 2006 heeft verweerder onder meer artikel 2.1.2a van de TV vastgesteld. Bij het bestreden besluit heeft hij deze voorwaarde herroepen. De voorwaarde luidde als volgt:

"2.1.2a

Exitcapaciteit wordt door de netbeheerder van het landelijk gastransportnet aangehouden ten behoeve van de aansluiting(en) die zich achter een exitpunt bevinden. De exitcapaciteit, gecontracteerd op basis van 2.1.1, komt aan een

shipper toe zolang hij de shipper is voor de afnemer(s) op de aansluiting(en) ten behoeve waarvan de exitcapaciteit wordt aangehouden. Indien een afnemer (deels) wisselt van shipper, komt de voor zijn aansluiting aangehouden exitcapaciteit (deels) toe aan de nieuwe shipper."

2.6.1 In het bestreden besluit heeft verweerder overwogen dat de gnb bij brief van 30 januari 2007 een voorstel tot wijziging van de TV en de WT hebben ingediend. Gelet op de inhoud van dit voorstel en het verhandelde op de hoorzitting van 31 oktober 2006, alsmede gelet op de argumenten die in bezwaar en in de voorlopige voorzieningenprocedure door GTS zijn aangevoerd, heeft verweerder besloten om door de onafhankelijke consultant TPA onderzoek te laten doen naar het nut en de noodzaak van de reserveringsverplichting en de anti-gijzelingsbepaling. Verweerder heeft zich aangesloten bij de conclusie van TPA dat er geen noodzaak is voor de vastgestelde anti-gijzelingsmaatregel en derhalve artikel 2.1.2a van de TV herroepen. In het verweerschrift heeft verweerder overwogen dat VEMW miskent dat de wetsbepaling waarop zij zich beroept van later datum is dan het primaire besluit. Het geschrapte artikel 2.1.2a van de TV kon reeds daarom niet worden gezien als een nadere uitwerking van enig onderdeel van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet. Bovendien moet ter uitwerking van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet nadere besluitvorming plaatsvinden door een door de gnb nog in te dienen voorstel.

2.6.2 VEMW heeft aangevoerd dat verweerder artikel 2.1.2a ten onrechte bij het bestreden besluit heeft herroepen. Aangezien dit artikel een nadere uitwerking gaf aan het bepaalde in artikel 12b, lid 2a, onder d, van de Gaswet en in de TV geen andere voorwaarden zijn opgenomen die hieraan een nadere uitwerking geven is het herroepen van de voorwaarde in strijd met artikel 12b, lid 2a, onder d, van de Gaswet.

2.6.3 GTS heeft aangevoerd dat het door VEMW geschetste probleem van gijzeling van afnemers door shippers zich nooit heeft voorgedaan en dat artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet een oplossing tracht te bieden voor een probleem dat niet bestaat. GTS ziet derhalve geen reden voor het opnemen van een anti-gijzelingsbepaling in de technische voorwaarden.

2.6.4 Artikel 12b, lid 2a, aanhef en onder d, van de Gaswet luidt sedert 13 december 2006 als volgt:

"2a. In de voorwaarden bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, wordt in ieder geval vastgelegd dat:
d. de capaciteit op een exitpunt bij voorrang kan worden gecontracteerd door een afnemer die een aansluiting op het landelijke gastransportnet heeft die is gekoppeld aan het desbetreffende exitpunt."

2.6.5 Verweerder heeft voormelde voorwaarde herroepen omdat hij deze niet noodzakelijk acht om recht te doen aan de in artikel 12f genoemde belangen. Hij heeft zich in dit verband gebaseerd op het rapport van TPA. VEMW heeft niet aannemelijk gemaakt dat dit onderzoek zodanige gebreken vertoont dat verweerder zich hierop niet heeft mogen baseren. Met betrekking tot het betoog van VEMW dat verweerder ten onrechte heeft verzuimd om een vervangende voorwaarde ter implementatie van artikel 12b, lid 2a, onder d, van de Gaswet vast te stellen ter voorkoming van gijzeling van een afnemer door een shipper, overweegt het College als volgt. Verweerder heeft betoogd dat hij, zonder een daartoe strekkend voorstel van de gnb, niet een voorwaarde ter implementatie van artikel 12b, lid 2a, onder d, van de Gaswet kan vaststellen, zonder in strijd te handelen met artikel 12f van de Gaswet. Het College merkt op dat het bepaalde in artikel 12c, tweede lid, in samenhang met artikel 12e, derde lid, en artikel 12f, eerste lid, van de Gaswet onder omstandigheden lijkt te voorzien in een procedure tot vaststelling van een technische voorwaarde zonder een daartoe strekkend voorstel van de gnb, maar stelt tevens vast dat, wat hier van zij, artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet op 13 december 2006 in werking is getreden en derhalve dateert van na het voorstel, de wijzigingsopdracht en het primaire besluit en van vóór het bestreden besluit. In zoverre kan artikel 2.1.2a van de TV, zoals vervat in het voorstel en het primaire besluit, anders dan VEMW betoogt, reeds hierom niet worden beschouwd als een invulling van artikel 12b, lid 2a, onder d, van de Gaswet. Het betoog van VEMW dat verweerder artikel 2.1.2a van de TV ten onrechte heeft herroepen faalt. De Gaswet, noch de Awb, bieden aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerder reeds in de bestreden beslissing op bezwaar had kunnen en moeten overgaan tot het vaststellen van een voorwaarde ter implementatie van artikel 12b, lid 2a, van de Gaswet.

Artikel 2.4.1 (use it or lose it)

2.7 Bij besluit van 27 juni 2006 heeft verweerder onder meer artikel 2.4.1 van de TV, zoals vervat in het voorstel van de gnb van 21 april 2005, vastgesteld. Bij het bestreden besluit heeft hij deze voorwaarde herroepen. De voorwaarde luidde als volgt:

"2.4.1

In geval van kunstmatige schaarste zal de netbeheerder van het landelijk gastransportnet aan de shipper alle rechten betreffende door de shipper bij de netbeheerder van het landelijk gastransportnet gecontracteerde transportcapaciteit en capaciteit voor kwaliteitsconversie ontnemen en zich deze capaciteit voorbehouden indien de shipper die capaciteit onvoldoende gebruikt. Van onvoldoende gebruik is sprake indien de volgende voorwaarden zijn vervuld:

- a. het betreft alle of vrijwel alle gecontracteerde capaciteit van de shipper voor transport op het desbetreffende entrypunt of exitpunt of kwaliteitsconversie;
- b. de netbeheerder van het landelijk gastransportnet heeft niet kunnen voldoen aan tenminste één verzoek van een geïnteresseerde tot het contracteren van (een deel van) de capaciteit die onvoldoende is gebruikt;
- c. het onvoldoende gebruik heeft tenminste een gasmaand geduurd."

2.7.1 In het bestreden besluit heeft verweerder overwogen dat hij met VEMW van oordeel is dat artikel 2.4.1 van de TV in strijd is met artikel 5 van de Verordening (EG) nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten (hierna: de Verordening) omdat er van een "onvoldoende gebruik" in de zin van genoemde codebepaling eerst sprake kan zijn indien het onvoldoende gebruik ten minste een maand heeft geduurd. Op deze wijze is niet gewaarborgd dat de ongebruikte capaciteit daadwerkelijk ter beschikking wordt gesteld aan de markt. Voor de goede werking van artikel 5 van de Verordening is het noodzakelijk dat er nadere implementatievoorwaarden in de technische voorwaarden worden opgenomen. Hiertoe zal aan de gnb een verzoek tot het uitbrengen van een wijzigingsvoorstel worden gericht.

2.7.2 VEMW heeft aangevoerd dat verweerder haar ten aanzien van artikel 2.4.1 van de TV weliswaar in het gelijk heeft gesteld en dit artikel heeft herroepen, maar daaraan vervolgens slechts de consequentie heeft verbonden dat in dit kader een verzoek aan de gnb zal worden gedaan om een wijzigingsvoorstel in te dienen. De gnb hebben nog steeds geen wijzigingsvoorstel ingediend.

2.7.3 GTS heeft aangevoerd dat verweerder bij het bestreden besluit artikel 2.4.1 van de TV niet had mogen herroepen, nu hij niet eerst toepassing heeft gegeven aan artikel 12f, derde lid, van de Gaswet en de gnb geen opdracht heeft gegeven om het voorstel te wijzigen. Het schrappen van artikel 2.4.1 van de TV kwam in de gegeven wijzigingsopdracht niet voor.

2.7.4 Het betoog van GTS faalt, nu verweerder bij de heroverweging in bezwaar dient te beoordelen of hij bij de vaststelling van de voorwaarden zijn bevoegdheid, neergelegd in artikel 12f van de Gaswet, juist heeft uitgeoefend. In dit geval heeft verweerder naar aanleiding van een bezwaar van VEMW geoordeeld dat hij zijn bevoegdheid niet juist heeft uitgeoefend, aangezien hij bij de vaststelling van artikel 2.4.1 van de TV in strijd met artikel 12f, eerste lid, onder h, van de Gaswet heeft gehandeld, nu hij deze voorwaarde in strijd acht met artikel 5 van de Verordening. Verweerder heeft vervolgens artikel 2.4.1 van de TV op grond van artikel 7:11, tweede lid, Awb herroepen. Ten aanzien van het betoog van VEMW overweegt het College, onder verwijzing naar 2.4.4, dat verweerder op dit punt in strijd heeft gehandeld met artikel 12f van de Gaswet, aangezien hij niet had mogen volstaan met het doen van een vrijblijvend verzoek, maar op grond van artikel 12f, derde lid, van de Gaswet aan de gnb een opdracht had moeten geven tot het indienen van een wijzigingsvoorstel. Daarbij is van belang dat de in artikel 2.4.1 van de TV vervatte voorwaarde deel uitmaakte van het door de gnb ingediende voorstel en verweerder derhalve op grond van artikel 12f, derde lid, van de Gaswet een wijzigingsopdracht had moeten geven. Door dit na te laten heeft verweerder ten aanzien van deze zogenoemde use it or lose it-voorwaarde ten onrechte een situatie laten ontstaan waarbij de vaststelling van de door hem noodzakelijk geachte voorwaarde afhankelijk is geworden van de wil van de gnb, die tot nu toe geen daartoe strekkend voorstel hebben ingediend, en de toepassing van de in artikel 12f, vierde lid, van de Gaswet vervatte bevoegdheid niet mogelijk is.

2.7.5 Gelet op het voorgaande is het beroep van VEMW in zoverre gegrond. Het bestreden besluit dient wegens strijd met artikel 12f, derde lid, van de Gaswet te worden vernietigd, voor zover artikel 2.4.1 van de TV is herroepen zonder dat daarbij toepassing is gegeven aan artikel 12f, derde lid, van de Gaswet. Met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, aanhef en onder a, Awb draagt het College verweerder op de gnb de opdracht te geven alsnog een voorstel in te dienen ter vaststelling van voorwaarden met betrekking tot het ter beschikking stellen van ongebruikte capaciteit aan de markt.

Artikel 5.2.1 van de TV (maandcontract)

2.8 Bij besluit van 27 juni 2006 heeft verweerder artikel 5.2.1 van de TV vastgesteld en in het bestreden besluit heeft hij deze voorwaarde in stand gehouden. De voorwaarde luidt als

volgt:

"5.2.1.

Transportcapaciteit en capaciteit voor kwaliteitsconversie kunnen worden gecontracteerd door middel van een dagcontract voor een termijn van één of meer gasdagen (dagcapaciteit) of door middel van een maandcontract voor één of meer gasmaanden (maandcapaciteit). De gecontracteerde capaciteit in een dag- of maandcontract dient over de gehele contractperiode constant te zijn. Een overeenkomst betreffende maandcapaciteit eindigt altijd op de laatste dag van de desbetreffende gasmaand."

- 2.8.1 In randnummer 170 van het bestreden besluit heeft verweerder overwogen dat reeds in de Tarievenscode bepaald is dat een maandcontract altijd eindigt op de laatste dag van de gasmaand. In de onderhavige TV kan dit derhalve niet onafhankelijk van de Tarievenscode worden gewijzigd. Verweerder merkt hierbij op dat een maandcontract niet noodzakelijkerwijs op de laatste dag van de maand dient te eindigen. Verweerder is van oordeel dat dit vereiste in strijd is met artikel 12f, onderdelen c en e, van de Gaswet omdat het onnodig handelsbeperkend werkt. Een maandcontract zou op alle dagen in de maand moeten kunnen eindigen. Verweerder zal de gnb dan ook verzoeken een wijzigingsvoorstel in te dienen op dit punt. Het gaat dan om een wijzigingsvoorstel met betrekking tot de Tarievenscode Gas en de TV. In het verweerschrift heeft verweerder hieraan toegevoegd dat door deze handelwijze de samenhang tussen de Tarievenscode Gas en de TV wordt gewaarborgd.
- 2.8.2 GTS heeft aangevoerd dat verweerder in randnummer 170 van het bestreden besluit ten onrechte heeft overwogen dat artikel 5.2.1 van de TV in strijd is met bepaalde onderdelen van artikel 12f van de Gaswet omdat een maandcontract altijd op de laatste dag van de maand eindigt. Dat betekent ofwel dat verweerder de tariefstructuren in strijd met artikel 12f van de Gaswet heeft vastgesteld, ofwel dat verweerder van koers wijzigt zonder dit nader te motiveren. Naast dit motiveringsgebrek is verweerder bovendien niet bevoegd om in een beslissing op bezwaar in het kader van de TV af te wijken van de reeds vastgestelde Tarievenscode, door plotseling te besluiten dat de regels over het einde van het maandcontract toch in strijd zijn met artikel 12f van de Gaswet. Ter zitting heeft GTS desgevraagd aangegeven dat haar beroep op dit punt niet is gericht tegen artikel 5.2.1 van de TV als zodanig, maar tegen het rechtsoordeel in het bestreden besluit.
- 2.8.3 Niet in geschil is dat het beroep van GTS zich niet richt tegen het vastgestelde artikel 5.2.1

van de TV, waarin is bepaald dat een overeenkomst betreffende de maandcapaciteit altijd eindigt op de laatste dag van de desbetreffende gasmaand, maar zich uitsluitend richt tegen de in randnummer 170 van het bestreden besluit gegeven motivering. GTS wil niet dat artikel 5.2.1 van de TV wordt gewijzigd en kan zich derhalve niet vinden in het verzoek van verweerder aan de gnb om een wijzigingsvoorstel in te dienen met betrekking tot de Tarieencode Gas en de TV. Nu het beroep van GTS juist niet is gericht tegen het vastgestelde artikel 5.2.1 van de TV, maar zich uitsluitend richt tegen een deel van de motivering van het besluit en een mogelijke wijziging van voormelde voorwaarde, waarin het bestreden besluit niet voorziet, kan het betoog niet slagen. Het College overweegt dat hetgeen in het bestreden besluit is overwogen geen met een besluit gelijk te stellen bestuurlijk rechtsoordeel is dat voor beroep vatbaar is. De gegeven motivering is als zodanig niet gericht op rechtsgevolg, nu deze niet tot gevolg heeft gehad dat artikel 5.2.1 van de TV is herroepen. Het uiten van het voornemen tot het doen van een verzoek tot het indienen van een wijzigingsvoorstel is evenmin gericht op rechtsgevolg. De uitzonderingssituatie waarbij een dergelijk oordeel zonder rechtsgevolg wel met een besluit is gelijk te stellen en voor beroep vatbaar is, doet zich hier niet voor. Het is voor GTS niet onevenredig bezwarend om het geschil over de interpretatie van de betrokken rechtsregels via een mogelijke procedure over het besluit dat zal voorzien in een wijziging van artikel 5.2.1 van de TV en de Tarieencode Gas bij het College aan de orde te stellen.

Artikel 7.3 van de TV (Title Transfer Facility)

- 2.9 In zijn brief van 5 oktober 2005 heeft verweerder naar aanleiding van het voorstel van de gnb van 21 april 2005 onder meer het volgende opgemerkt:

"In het voorstel ontbreken bepalingen waarmee marktplaatsen als TTF en de gasbeurs worden ondersteund. De ontwikkeling van die marktplaatsen is van groot belang voor de ontwikkeling van het handelsverkeer op de gasmarkt, zeker op de Nederlandse gasmarkt (...) Met een zienswijze zijn wij van oordeel dat dit voor de transportvoorwaarden betekent dat bepalingen over allocatie, nominaties, matching en confirmatie ten behoeve van de TTF dienen te worden toegevoegd. Wij verzoeken u de voorwaarden dienovereenkomstig aan te passen."

- 2.9.1 Bij het primaire besluit van 27 juni 2006 heeft verweerder onder meer artikel 7.3 van de TV vastgesteld. Deze voorwaarde luidde als volgt:

"De netbeheerder van het landelijk gastransportnet maakt het mogelijk dat gas, dat zich in het landelijk gastransportnet bevindt, wordt verhandeld via de TTF en ondersteunt dit met behulp van een elektronisch bulletinboard waar netgebruikers informatie kunnen uitwisselen. De netbeheerder van het landelijk gastransportnet kan administratieve en operationele voorwaarden stellen aan het gebruik van de TTF."

2.9.2 Bij het bestreden besluit heeft verweerder artikel 7.3 van de TV gewijzigd vastgesteld.

Deze voorwaarde luidt als volgt:

"De netbeheerder van het landelijk gastransportnet maakt het mogelijk dat gas dat zich in het landelijk gastransportnet bevindt, wordt verhandeld via de TTF. De netbeheerder van het landelijk gastransportnet kan administratieve en operationele voorwaarden stellen aan het gebruik van de TTF."

2.9.3 In het bestreden besluit heeft verweerder ten aanzien van de TTF overwogen dat het bezwaar van GTS dat de TTF niet in de voorwaarden thuishoort niet wordt onderschreven, nu het overdragen van de title op gas onlosmakelijk is verbonden met het uitvoeren van het fysieke transport van gas over het gastransportnet, zoals bedoeld in artikel 12b van de Gaswet. Daar komt bij dat in artikel 10, aanhef en onderdeel b, van de Regeling is voorgeschreven dat de voorwaarden als bedoeld in artikel 12b, eerste lid, aanhef en onder a, van de Gaswet met betrekking tot het transport van gas een procedure bevatten voor het toewijzen van gas aan afnemers. In de toelichting op de Regeling is ten aanzien van artikel 10 overwogen dat gas thans wordt gealloceerd op de entrypunten, de exitpunten, op de aansluiting en op de TTF. Daarbij is aangegeven dat de TTF een fictief punt is waarop gas dat zich in het landelijk gastransportnet bevindt, wordt overgedragen aan een andere partij. Hieruit volgt dat de TTF betrekking heeft op de toewijzing van gas. De grief van GTS dat verweerder met artikel 7.3 van de TV erop zou aansturen GTS te dwingen tot exploitatie van een gasbeurs berust op een onjuiste lezing van het artikel. Zoals in de randnummers 103-106 is overwogen, moeten regels aangaande de TTF in de technische voorwaarden worden ondergebracht. Verweerder acht het noodzakelijk dat artikel 7.3 van de TV de kernvoorwaarden bevat voor het faciliteren van de TTF in technische zin, bepalingen over bijvoorbeeld allocatie, matching en confirmatie. Verweerder zal hiervoor aan de gnb een wijzigingsverzoek richten.

2.9.4 GTS heeft aangevoerd dat bij wijzigingsopdracht van 5 oktober 2005 de gnb ten onrechte is opgedragen om de voorwaarden voor de TTF toe te voegen aan het voorstel. GTS heeft

de TTF niet in het gewijzigde voorstel van 3 november 2005 opgenomen, omdat de TTF geen transport of een transport ondersteunende dienst is. Evenmin betreft de TTF een invulling van een in artikel 10a, eerste lid, van de Gaswet omschreven wettelijke taak van GTS. De TTF valt dus buiten de limitatieve reikwijdte van de voorwaarden, neergelegd in de artikelen 12a en 12b van de Gaswet. Voorts heeft GTS in dit verband aangevoerd dat verweerder bij de wijzigingsopdracht de wens te kennen heeft gegeven dat bepalingen omtrent allocatie, nominaties, matching en confirmatie in de voorwaarden worden opgenomen, maar in zijn besluiten in plaats hiervan een tekst met andere inhoud in artikel 7.3 van de TV heeft opgenomen.

2.9.5 Artikel 10, aanhef en onder b, van de Regeling luidt als volgt:

"De voorwaarden, bedoeld in artikel 12b, eerste lid, onderdeel a, van de wet, bevatten met betrekking tot het transport van gas:
b. een procedure voor het toewijzen van gas aan afnemers;"

2.9.6 Het College overweegt dat verweerder bij brief van 5 oktober 2005 heeft aangegeven dat in het voorstel bepalingen ontbreken waarmee marktplaatsen als de TTF en de gasbeurs worden ondersteund, hetgeen hij in strijd acht met het belang van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de gasmarkt, als bedoeld in artikel 12f, eerste lid, onder c, van de Gaswet. Vervolgens heeft hij de gnb verzocht het aanvankelijke voorstel aan te passen en voorwaarden over allocatie, nominaties, matching en confirmatie ten behoeve van de TTF toe te voegen. Vast staat dat de gnb niet aan dit verzoek hebben voldaan en hun voorstel op dit punt niet hebben aangepast, aangezien zij vinden dat artikel 12b van de Gaswet geen grondslag biedt voor een dergelijke voorwaarde, omdat de TTF los staat van het transport van gas. Daarna heeft verweerder op grond van artikel 12f, vierde lid, van de Gaswet artikel 7.3 van de TV vastgesteld. Nu verweerder echter slechts een verzoek heeft gedaan om voormelde voorwaarden toe te voegen aan het voorstel en geen opdracht heeft gegeven als bedoeld in artikel 12f, derde lid, van de Gaswet, is voor hem niet de bevoegdheid op grond van het vierde lid van dit artikel ontstaan om ten aanzien van de TTF zelf een voorwaarde vast te stellen. Verweerder heeft derhalve bij besluit van 27 juni 2006 in strijd met artikel 12f, vierde lid, van de Gaswet artikel 7.3 van de TV vastgesteld. Het College overweegt voorts dat het door verweerder gedane verzoek zag op het toevoegen van voorwaarden over allocatie, nominaties, matching en confirmatie ten behoeve van de TTF en dat artikel 7.3 van de TV door verweerder is vastgesteld zonder

dergelijke voorwaarden. In het bestreden besluit heeft verweerder wederom overwogen dat hij het noodzakelijk acht dat artikel 7.3 van de TV de kernvoorwaarden bevat voor het faciliteren van de TTF in technische zin, bepalingen over bijvoorbeeld allocatie, matching en confirmatie en hiervoor zal hij de gnb een wijzigingsverzoek doen. Door in het bestreden besluit artikel 7.3 van de TV vrijwel ongewijzigd te handhaven en wederom in dit kader slechts een verzoek te doen in plaats van een opdracht te geven, is het bestreden besluit op dit punt evenzeer in strijd met artikel 12f, derde lid, van de Gaswet.

- 2.9.7 Gelet op het voorgaande is het beroep van GTS in zoverre gegrond en dient het bestreden besluit wegens strijd met artikel 12f, derde en vierde lid, van de Gaswet te worden vernietigd, voor zover daarbij artikel 7.3 van de TV gewijzigd is vastgesteld. Het besluit van 27 juni 2006 dient te worden herroepen, voor zover daarbij artikel 7.3 van de TV is vastgesteld.

Proceskosten

- 2.10 Het College acht tenslotte termen aanwezig verweerder in zaak 07/966 met toepassing van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van VEMW. Met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht, zoals dit luidde ten tijde van belang, worden deze kosten vastgesteld op € 644,-- (1 punt ter waarde van € 322,-- voor het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, wegingsfactor 1 voor het gewicht van de zaak). Ten aanzien van het beroep van GTS in zaak 07/965 is niet gebleken van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen.

3. De beslissing

Het College

1. verklaart de beroepen van GTS en VEMW gegrond;
2. vernietigt het besluit van 29 oktober 2007, met kenmerken 102379_1/52, 102379_2/13, 102379_3/19, 102379_4/25 en 102379_5/23, voor zover:
 - a. de bezwaren van VEMW tegen artikel 4.3.2 van de TV, artikel 2.3.5 van de Allocatievoorwaarden Gas en B3.2.2 Allocatievoorwaarden Gas niet-ontvankelijk zijn verklaard;
 - b. artikel 2.1.1 en paragraaf 3.1 van de TV, zoals vastgesteld bij besluit van 27 juni 2006, in stand zijn gehouden;
 - c. artikel 2.4.1 van de TV is herroepen, zonder dat daarbij toepassing is gegeven aan artikel 12f, derde lid, van de Gaswet;
 - d. artikel 7.3 van de TV gewijzigd is vastgesteld;
3. herroept het besluit van 27 juni 2006, voor zover daarbij artikel 2.1.1, paragraaf 3.1 en artikel 7.3 van de TV zijn vastgesteld;
4. draagt verweerder op alsnog op de onder 2.a genoemde bezwaren te beslissen;
5. draagt verweerder op binnen twee weken na verzending van deze uitspraak de gnb de opdracht te geven een voorstel in te dienen ter vaststelling van voorwaarden met betrekking tot het ter beschikking stellen van ongebruikte capaciteit aan de markt;
6. veroordeelt verweerder in de proceskosten van VEMW, die worden vastgesteld op € 644,-- (zegge: zeshonderdvierenveertig euro);
7. bepaalt dat verweerder aan appellanten het door hen betaalde griffierecht vergoedt (€ 285,-- (zegge: tweehonderdvijfentachtig euro) voor zowel GTS als VEMW).

Aldus gewezen door mr. C.M. Wolters, mr. W.E. Doolaard en mr. C.J. Waterbolk, in tegenwoordigheid van mr. R. Kegge, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 10 november 2010.

w.g. C.M. Wolters

voor afschrift
collator

w.g. R. Kegge

