

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 102998_3/20; 102998_1/19; 102998_2/19

Betreft zaak: Beslissing op bezwaar inzake korting ter bevordering van doelmatige bedrijfsvoering; Endinet

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 7:11 Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van het bezwaar van Endinet Haarlemmermeer B.V., Endinet Oost-Brabant N.V. en Endinet Regio Eindhoven B.V. tegen de besluiten tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering als bedoeld in artikel 81a Gaswet voor de periode 2008 – 2010.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluiten van 25 april 2008 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) de doelmatigheidskorting in de zin van artikel 81a, eerste lid, aanhef en onder a, Gaswet vastgesteld voor Endinet Haarlemmermeer B.V., Endinet Oost-Brabant N.V. en Endinet Regio Eindhoven B.V. (hierna: Endinet).¹
2. Tegen deze besluiten is op 21 mei 2008 bezwaar gemaakt door Endinet.
3. De Raad heeft bij brieven van 19 november 2008 aangegeven dat, zoals door Endinet verzocht, de behandeling van het bezwaar zou worden aangehouden totdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) uitspraak zou hebben gedaan in de beroepen tegen het besluit van de Raad van 25 april 2008 tot vaststelling van de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering en de methode tot vaststelling van het rekenvolume van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld als bedoeld in artikel 81, eerste lid van de Gaswet, voor de regionale netbeheerders gas voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010 (hierna: het Methodebesluit).²

¹ Kenmerken 102463_8/2, 102463_10/3 en 102463_1/3.

² Kenmerk 102449/167.

4. Bij besluiten van 27 mei 2009 heeft de Raad de doelmatigheidskorting in de zin van artikel 81a, eerste lid, aanhef en onder a van de Gaswet voor Endinet voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010 gewijzigd vastgesteld.³
5. Op grond van artikel 6:19, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) richten de bezwaarschriften van Endinet van 21 mei 2008 zich tevens tegen het in randnummer 4 genoemde wijzigingsbesluit.
6. Op 3 november 2009 heeft het CBb uitspraak gedaan in de beroepen tegen het Methodebesluit.⁴
7. Bij brief van 11 november 2009 is Endinet in de gelegenheid gesteld aan te geven of zij haar bezwaren wenste te handhaven, mede bezien in het licht van de uitspraak van het CBb. Indien het bezwaar zouden worden gehandhaafd dienden de aanvullende gronden van bezwaar uiterlijk op 7 januari 2010 door de NMa te zijn ontvangen. Bij brief van 24 november 2009 heeft Endinet aangegeven haar bezwaren tegen het bestreden besluit te handhaven.
8. Bij brief van 6 december 2010 heeft Endinet de gronden van het op 21 mei 2008 ingestelde bezwaar verder aangevuld.
9. Bij brief van 9 maart 2010 is Endinet op de hoogte gesteld van de verdere wijze van behandeling van de bezwaren tegen de doelmatigheidskorting. Endinet is daarbij een termijn van vier weken gegund voor het indienen van eventuele aanvullende gronden van bezwaar.
10. Op dinsdag 18 mei 2010 heeft een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij Endinet in de gelegenheid is gesteld zijn bezwaren nader toe te lichten.
11. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 8 juni 2010 aan Endinet is toegezonden. Endinet heeft naar aanleiding van het verslag geen opmerkingen gemaakt.

³ Kenmerken 103203_8/3, 103203_10/3 en 103203_2/3.

⁴ CBb 3 november 2009, LJN: BK1790.

II. Wettelijk kader

12. Artikel 81, eerste lid, Gaswet bepaalt dat de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit na overleg met de gezamenlijke netbeheerders en met representatieve organisaties van partijen op de gasmarkt, met in achtneming van het belang dat door middel van marktwerking ten behoeve van afnemers, de doelmatigheid van de bedrijfsvoering en de meest doelmatige kwaliteit van het transport worden bevorderd, de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, van de kwaliteitsterm en van het rekvolume van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld, vaststelt.
13. Het tweede lid van artikel 81 Gaswet bepaalt dat de korting ten behoeve van de doelmatige bedrijfsvoering onder meer ten doel heeft te bereiken dat de netbeheerder in ieder geval geen rendement kan behalen dat hoger is dan in het economisch verkeer gebruikelijk en dat de gelijkwaardigheid in de doelmatigheid van de netbeheerders wordt bevorderd.
14. Artikel 81a, eerste lid, bepaalt dat de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit ten behoeve van het voorstel, bedoeld in artikel 81b, voor iedere netbeheerder afzonderlijk voor een periode van ten minste drie en ten hoogste vijf jaar vaststelt:
 - a. de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering;
 - b. (...);
 - c. het rekvolume van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld.
15. Ingevolge artikel 61, eerste lid, Gaswet kan een belanghebbende tegen een op grond van de Gaswet genomen besluit, met uitzondering van een besluit op grond van artikel 16 en 60 ad, beroep instellen bij het College van beroep voor het bedrijfsleven.

III. Bezwaren

16. Endinet verzoekt de Raad primair tot gegrondverklaring van de bezwaren en de bestreden besluiten te herroepen, althans nieuwe besluiten te nemen waarin aan de bezwaren tegemoet wordt gekomen. Endinet voert daarbij de volgende gronden aan.
17. Endinet stelt primair dat het opleggen van doelmatigheidskortingen die leiden tot niet-financierbaarheid van gasnetbeheerders in strijd is met de Gaswet. Het opleggen van een doelmatigheidskorting die leidt tot niet-financierbaarheid heeft volgens Endinet geen enkele relatie met een prikkel tot verbetering van de doelmatigheid.

18. Daarnaast is volgens Endinet de door de Raad opgelegde doelmatigheidskorting in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel aangezien de besluiten disproportioneel negatieve gevolgen voor Endinet met zich mee brengen. Deze staan volgens Endinet in geen verhouding tot de te dienen doeleinden, te weten de prikkeling tot een haalbare doelmatigheidsverbetering. Tijdens de hoorzitting vult zij hierbij aan dat dit doel een grondbeginsel van tariefregulering betreft. Volgens Endinet volgt uit artikel 81 Gaswet direct dat een doelmatigheidskorting te realiseren moet zijn.
19. Endinet stelt dat door de disproportionele negatieve gevolgen van de onhaalbare doelmatigheidskortingen volledig af te wentelen op de aandeelhouders van Endinet, de Raad bewust de (toekomstige) financierbaarheid en daarmee de continuïteit van Endinet in gevaar heeft gebracht. Voorts is de motivering van de Raad voor het onderscheid in behandeling tussen de verschillende Endinet entiteiten ondeugdelijk.
20. Subsidiair stelt Endinet dat de motivering van de Raad in de besluiten tot vaststelling van de doelmatigheidskorting voor de weigering om een hardheidsregeling toe te passen voor Endinet ondeugdelijk is. Endinet stelt daarbij dat de weigering van de Raad om haalbare doelmatigheidskortingen op te leggen aan Endinet onjuist en onzorgvuldig is in het licht van het beleid van de Raad om waar nodig een hardheidsregeling toe te passen. De motivering van de Raad om geen hardheidsregeling toe te passen voor Endinet is volgens Endinet niet alleen ondeugdelijk maar ook willekeurig gelet op de toepassing van de hardheidsregeling voor Westland Infra Netbeheer B.V. (hierna: Westland).
21. Ten slotte verzoekt Endinet om toepassing van artikel 7:15, tweede lid, Awb.

IV. Beoordeling

IV.1 Algemeen

22. Op 3 november 2009 heeft het CBB uitspraak gedaan naar aanleiding van de beroepen die zijn ingediend tegen het methodebesluit. Het CBB heeft op grond van formele gebreken het beroep gegrond verklaard, maar heeft alle materiële grieven verworpen. Daarbij heeft het CBB met toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb, de rechtsgevolgen van het Methodebesluit in stand gelaten. De consequentie van deze uitspraak is dat het Methodebesluit in rechte onaantastbaar is geworden, zodat dit bij de beoordeling van de bezwaren als een vaststaand gegeven moet worden beschouwd. Dit betekent dat de

rechtmatigheid van de methodiek, die ten grondslag ligt aan de doelmatigheidskorting niet opnieuw ter discussie kan worden gesteld.

23. Met inachtneming daarvan zal de Raad hierna ingaan op de nog resterende bezwaargronden van Zebra.

IV.2 De bezwaargronden van Endinet

24. De Raad overweegt ten aanzien van de bezwaren het volgende:

Toetsing ex-nunc

25. Endinet stelt zich op het standpunt dat de doelmatigheidskorting disproportionele gevolgen heeft voor Endinet haar (toekomstige) financierbaarheid en dat daarmee de continuïteit van Endinet in gevaar komt. Dientengevolge overweegt de Raad het volgende.
26. De Raad stelt vast dat in het kader van de bezwaarschriftprocedure een heroverweging ex-nunc plaats vindt. De Raad licht deze wijze van heroverwegen als volgt toe. De Raad stelt zich in het kader van de bezwaarprocedure de vraag of het eerder genomen besluit al dan niet in stand kan worden gelaten in het licht van de zich ten tijde van het besluit op bezwaar voordoende feiten en omstandigheden. Dit betekent dat een bestuursorgaan in het kader van de heroverweging in bezwaar nieuwe feiten en omstandigheden moet 'meenemen' en verdisconteren in het besluit op bezwaar, ook als na de indiening van het bezwaarschrift veel tijd is verstreken. Daarbij geldt evenwel de beperking dat wijzigingen in de juridische en feitelijke context slechts mee mogen wegen wanneer ze een voor de indiener van het bezwaarschrift eenzelfde of een gunstiger beslissing op kunnen leveren. Wijzigingen ten nadele van de bezwaarde blijven dus buiten beschouwing.
27. De Raad stelt vast dat Endinet en Alliander positief hebben besloten over de overname van alle aandelen van Endinet door Alliander.⁵ Tijdens de hoorzitting heeft Endinet aangegeven dat de daadwerkelijke overdracht van aandelen voor 1 juli 2010 is voorzien. Deze overdracht heeft inmiddels op die datum ook daadwerkelijk plaatsgevonden.⁶ Daarnaast licht zij tijdens de hoorzitting toe dat de gemeente Eindhoven Endinet financieel heeft bijgesprongen en dat derhalve daarmee de continuïteit en het al dan niet bestaan van een zwakke financiële positie van Endinet thans niet meer in gevaar is noch ter discussie staat.

⁵ Zie: <http://alliander.com/nl/alliander/actualiteit/persberichten/endinet-en-alliander-tekenen-koopovereenkomst.htm>.

⁶ Zie: <http://www.alliander.com/nl/alliander/actualiteit/persberichten/endinet-nu-onderdeel-van-alliander.htm>.

28. De Raad oordeelt op basis van het vorenstaande dat de financiële huishouding van Endinet op dit moment niet als financieel instabiel valt aan te merken. Daarmee zijn de omstandigheden ten opzichte van omstandigheden ten tijde van het primaire besluit ontegenzeggelijk gewijzigd. De Raad ziet derhalve geen reden om in te zien dat de doelmatigheidskortingen een door Endinet gesteld negatief (disproportioneel) gevolg heeft voor Endinet, in die zin dat haar continuïteit wordt aangetast of dat daarmee de (toekomstige) financierbaarheid in het gedrang zou kunnen komen. Endinet heeft tijdens de hoorzitting hiervoor niet het tegendeel kunnen bewijzen. De Raad concludeert dientengevolge dat de voor Endinet nadelige gevolgen onmiskenbaar niet onevenredig in verhouding staan tot de met het besluit te dienen doeleinden, te weten een prikkeling tot een haalbare doelmatigheidsverbetering
29. Het bezwaar van Endinet dat de doelmatigheidskortingen disproportionele gevolgen heeft voor de (toekomstige) financierbaarheid en dat daarmee de continuïteit in gevaar komt treft om voormelde reden dan ook geen doel.

Niet- financierbaar reguleren

30. Thans staat gelet op het voorgaande de financiële situatie van Endinet niet meer ter discussie. Dit laat volgens Endinet onverlet dat de Raad niettemin een wettelijke verplichting heeft om netbeheerders financierbaar te reguleren. Endinet stelt zich op het standpunt dat het opleggen van een doelmatigheidskorting die leidt tot niet-financierbaarheid in strijd is met de Gaswet en de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.
31. Alhoewel naar het oordeel van de Raad de overname van Endinet, zoals hiervoor al is overwogen, met zich brengt dat reeds hierdoor geen sprake meer kan zijn van niet-financierbare regulering, overweegt de Raad, met het oog op een volledige heroverweging in bezwaar en gelet op de zorgvuldige besluitvorming ten aanzien van de door Endinet aangevoerde bezwaargrond, als volgt.
32. De Raad stelt ten eerste vast dat zij gelet op de uitspraak van het College voor het Bedrijfsleven (hierna: CBb) van 13 juni 2008 beschikt over de nodige beoordelingsruimte. Binnen deze ruimte zijn in beginsel verschillende rechtmatige benaderingen denkbaar. De Raad stelt zich op het standpunt dat onder deze reikwijdte eveneens de keuze valt om Endinet niet- financierbaar te reguleren.

33. Voorts heeft het CBb reeds in het kader van de beoordeling van het Methodebesluit vastgesteld dat niet-financierbaar reguleren niet per definitie als onrechtmatig valt te kwalificeren. Zo bepaalde het CBb in de uitspraak van 30 juni 2008:⁷

“Dat de methode voor de drie betrokken netbeheerders bij ongewijzigde bedrijfsvoering leidt tot niet-financierbaarheid, leidt niet tot het oordeel dat het bestreden besluit onrechtmatig is”.

34. Bovendien bepaalde het CBb in dezelfde uitspraak dat de niet-financierbaarheid van Endinet niet tot de methode te herleiden viel, maar een gevolgtrekking van het handelen van de netbeheerders zelf is geweest, en derhalve in concreto viel te herleiden tot de keuzes van het management van Endinet. Het CBb overwoog:

“Het College acht hierbij van belang dat slechts ten aanzien van deze drie netbeheerders door Mazars is vastgesteld dat de methode leidt tot niet-financierbaarheid en dat deze niet-financierbaarheid volgens verweerder een aanwijsbare reden heeft die is gelegen in het handelen van de betreffende netbeheerders en niet in de methode als zodanig.”⁸

35. In het kader van een verzoek om een voorlopige voorziening ingesteld door NRE (rechtsvoorganger van Endinet) tegen het metodebesluit en de individuele doelmatigheidskortingbesluiten 2008-2010, oordeelde het CBb:

“De hieraan door de Raad verbonden gevolgtrekking dat de reguleringssystematiek voor individuele netbeheerders evenredig en haalbaar is en dientengevolge ook ten opzichte van verzoeksters mag worden toegepast, komt de voorzieningenrechter voorshands niet onhoudbaar voor. Hoewel de methode voor verzoeksters ingrijpende gevolgen kan hebben, heeft verweerder, mede in het licht van de rechtens te respecteren doeleinden die met de regulering worden nagestreefd, naar voorlopig oordeel deze gevolgen bij de bestreden besluiten (lees: metodebesluit en de individuele x-factorbesluiten) voor rekening van verzoeksters mogen laten.”⁹

36. Gelet op genoemde uitspraken van het CBb oordeelt de Raad dat de rechtmatigheid van de individuele doelmatigheidskortingen reeds een gegeven is. Als de doelmatigheidskortingen voor Endinet al leiden tot niet-financierbaarheid, leidt dit niet tot het oordeel dat het

⁷ CBb 3 november 2009, LJN: BK1790, r.o. 13.9

⁸ *Ibid.*

⁹ CBb 30 juni 2008, LJN: BD7760, r.o. 5.2 en 5.11.

bestreden besluit onrechtmatig is. Bovendien is de Raad van oordeel, evenals het CBb, als de regulering voor Endinet al tot dergelijk ingrijpende gevolgen zou kunnen leiden, deze in redelijkheid voor rekening van Endinet mogen worden gelaten.

37. De Raad concludeert derhalve, gelet op genoemde uitspraken van het CBb, dat het bezwaar van Endinet dat de Raad in strijd met de Gaswet, de doelstellingen van de wetgever en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehandeld door Endinet niet financierbaar te reguleren niet kan slagen.
38. Het bezwaar dient mitsdien ongegrond te worden verklaard.

Hardheidsregeling

39. Endinet stelt subsidiair in haar bezwaar dat de motivering van de Raad om geen hardheidsregeling voor Endinet toe te passen ondeugdelijk en willekeurig is.
40. Het CBb bepaalde in zijn uitspraak van 3 november 2009 dat de vraag of een netbeheerder in aanmerking komt voor de hardheidsregeling, dit in het kader van de besluiten tot vaststelling van de doelmatigheidskorting dient te worden beoordeeld.¹⁰
41. De Raad heeft in het kader van de vaststelling van de doelmatigheidskorting voor Westland een voorziening getroffen waarmee de geschetste financiële problemen van Westland zijn gemitigeerd. De Raad heeft besloten om de doelmatigheidskorting voor Westland op een ander niveau vast te stellen dan het niveau welke direct uit het Methodebesluit zou zijn voortgevloeid. Voor deze keuze hanteert de Raad de volgende grondslag:

“De Raad constateert dat de door Westland geschetste problemen niet voortvloeien uit beslissingen van management van Westland, maar dat deze worden veroorzaakt door factoren die buiten de verantwoordelijkheid van deze netbeheerder liggen.”¹¹

42. De Raad licht deze grondslag voor de toepassing van een hardheidsregeling als volgt toe. In het geval een netbeheerder in financiële problemen komt en dat direct te herleiden is tot een onvolkomenheid in de reguleringssystematiek, waaronder de methode, kan de Raad de doelmatigheidskorting verlagen om zodoende voor de netbeheerder financiële ruimte te

¹⁰ Het CBb oordeelde: *“Of verweerder ten aanzien van NRE, Obragas en Haarlemmermeer vanwege de niet-financierbaarheid een hardheidsregeling had dienen toe te passen, zoals hij ook heeft gedaan bij Westland, dient niet aan de orde te komen in het kader van het onderhavige besluit, maar in het kader van de vaststelling van de individuele doelmatigheidskorting.”*¹⁰ Zie: CBb, 3 november 2009, r.o. 13.9 LJN: BK1790.

¹¹ 102449-167 Methodebesluit voor de regionale netbeheerders gas in de 3e periode.

creëren. Deze financiële ruimte wordt gecreëerd om het mogelijk te maken dat de doelmatige kosten die horen bij de wettelijke taken van de netbeheerder terug kunnen worden verdiend. Dit was in het geval van Westland aan de orde. In het geval een netbeheerder in financiële problemen komt en dit te herleiden valt tot keuzes van de netbeheerder zelf en niet tot de reguleringsystematiek, stelt de Raad voor deze netbeheerder de doelmatigheidskorting vast zoals deze direct volgt uit de methode.

43. Gelet op de omstandigheden van het geval stelt de Raad vast dat Endinet, voor wat betreft de hardheidsregeling, niet vergelijkbaar is met de positie van Westland, aangezien de (voorheen) zwakke financiële positie van Endinet is ontstaan door een (ongebruikelijk) ruimhartig dividendbeleid, terwijl Endinet voor al zijn wettelijke taken wel de doelmatige kosten vergoed kreeg. Voorts heeft Endinet op eigen initiatief, los van de methode, op basis van onjuiste inschattingen beslissingen genomen aangaande de waardering, de geschatte rendementen en de veronderstelde privatiseringsmogelijkheid. De Raad is daarbij van oordeel dat de oorzaken van Endinet haar financiële positie primair binnen de risicosfeer van Endinet lagen en daarmee niet zijn te herleiden tot een onvolkomenheid in de reguleringsstelsel, waaronder de methode. Derhalve ziet de Raad geen reden om na heroverweging van de bestreden besluiten in de besluiten tot vaststelling van de doelmatigheidskorting voor Endinet een uitzondering te verdisconteren.
44. De Raad concludeert na heroverweging van het primaire besluit dat de keuze om in het geval van Endinet geen hardheidsregeling toe te passen op deugdelijke gronden is gemaakt en dat de Raad niet willekeurig heeft gehandeld om voor Westland wel en voor Endinet geen hardheidsregeling toe te passen.
45. Het bezwaar van Endinet op dit punt dient derhalve ongegrond te worden verklaard.

IV.3 De proceskosten

46. Gelet op het voorgaande, bestaat er geen aanleiding op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb tot een vergoeding van de door Endinet in de bezwaarprocedure gemaakte kosten over te gaan.

V. Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit besluit het volgende:

- I. het bezwaar van Endinet tegen de besluiten van 25 april 2008 ongegrond te verklaren;
- II. het bezwaar van Endinet tegen de besluiten van 27 mei 2009 ongegrond te verklaren;
- III. het verzoek van Endinet voor vergoeding van kosten op voet van artikel 7:15, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht af te wijzen.

Datum:

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

P. Kalbfleisch
Voorzitter

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen 6 weken na bekendmaking beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.