

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 102998_10/21

Betreft zaak: Beslissing op bezwaar inzake korting ter bevordering van doelmatige bedrijfsvoering; Zebra Gasnetwerk B.V.

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 Zebra Gasnetwerk 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 besluit 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 (hierna: de doelmatigheidskorting) vastgesteld voor Zebra Gasnetwerk B.V. (hierna: Zebra) voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010.¹
2. Tegen dit besluit is op 5 juni 2008 bezwaar gemaakt door Zebra. Het bezwaarschrift is ontvangen op 6 juni 2008. De gronden van bezwaar zijn aangevuld op 29 augustus 2008.
3. De Raad heeft bij brief van 19 november 2008 aangegeven dat, zoals door Zebra 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 Kenmerk 102463_14/2.

² Kenmerk 102449/167.

4. Bij besluit 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 Zebra voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010 gewijzigd vastgesteld.³
5. Tegen dit besluit is op 30 juni 2009 bezwaar gemaakt door Zebra.
6. Op grond van artikel 6:19, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) richt het bezwaarschrift van Zebra van 29 augustus 2008 zich tevens tegen het in randnummer 4 genoemde wijzigingsbesluit.
7. Op 3 november 2009 heeft het CBb uitspraak gedaan in de beroepen tegen het Methodebesluit.⁴
8. Bij brief van 11 november 2009 is Zebra 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 20 november 2009 heeft Zebra aangegeven haar bezwaren tegen het bestreden besluit te handhaven.
9. Bij brief van 22 december 2009 heeft Zebra de gronden van het op 5 juni 2008 ingestelde bezwaar verder aangevuld.
10. Bij brief van 3 maart 2010 is Zebra op de hoogte gesteld van de verdere wijze van behandeling van de bezwaren tegen de doelmatigheidskorting. Zebra is daarbij een termijn van vier weken gegund voor het indienen van eventuele aanvullende gronden van bezwaar.
11. Op 24 juni 2010 heeft een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij Zebra in de gelegenheid gesteld is haar bezwaren nader toe te lichten. Zebra is niet verschenen ter hoorzitting.
12. Zebra heeft bij brief van 28 juni 2010 aangegeven geen noodzaak te zien haar bezwaren alsnog in een hoorzitting toe te lichten. Zebra heeft in deze brief tevens aangegeven, in het licht van de uitspraak van het CBb inzake het methodebesluit, de gronden van bezwaren die overeenstemmen met de gronden van beroep tegen met methodebesluit, te handhaven voor zover het CBb daarop geen beslissing heeft genomen.

³ Kenmerk 103203_13/3.BT1349.

⁴ CBb 3 november 2009, LJN: BK1790.

II. Wettelijk kader

13. Artikel 81, eerste lid van de Gaswet bepaalt dat de Raad 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.
14. Het tweede lid van artikel 81 van de 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.
15. Artikel 81a, eerste lid, onderdeel a van de Gaswet bepaalt dat de Raad ten behoeve van het voorstel, bedoeld in artikel 81b van de Gaswet 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.
16. Ingevolge artikel 61, eerste lid van de 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 van de Gaswet beroep instellen bij het CBb.

III. Bezwaren

17. Zebra heeft bij brief van 5 juni 2008 beroep ingesteld bij het CBb tegen het Methodebesluit en heeft de beroepsgronden aangevuld op 29 augustus 2008. Zebra heeft in dat beroep een zestal beroepsgronden aangevoerd tegen het Methodebesluit. Deze beroepsgronden zijn weergegeven in paragraaf 10 van de uitspraak van het CBb inzake het Methodebesluit. Deze gronden zijn voor het grootste deel door het CBb behandeld in genoemde uitspraak. In bezwaar tegen de doelmatigheidskorting resteren – geheel of gedeeltelijk – slechts de gronden met betrekking tot de waardering van de Extra Hoge Druknetten (hierna: EHD-netten) en de haalbaarheid van de regulering.

Waardering van de EHD-netten

18. Zebra heeft bezwaar tegen de door de Raad gehanteerde waardering van de EHD-netten. Het gaat daarbij om de waarderingsgrondslag, de feitenvergaring en de bedragen met betrekking tot de waardering.
19. Zebra voert aan dat ten aanzien van de door de Raad gehanteerde waarden, het CBb in rechtsoverweging 13.12.2 van de uitspraak inzake het methodebesluit heeft overwogen dat wat betreft de waarderingsgrondslagen van de EHD-netten de Raad in het verweerschrift alsnog heeft toegelicht dat de waarden van die netten zijn gebaseerd op de boekwaarden zoals die door de netbeheerders zelf zijn aangeleverd. Alleen als het niet mogelijk is aan te sluiten bij de boekwaarden van de netbeheerders, zoals bij de vaststelling van de gestandaardiseerde activawaarde (hierna: GAW) per 2004, wordt van een andere waarderingsgrondslag uitgegaan. Die situatie doet zich bij de EHD-netten niet voor. Voor zover Zebra het niet eens is met de waarden die de Raad voor haar EHD-netten heeft gehanteerd, kan die grief in het kader van de individuele x-factorbesluiten aan de orde worden gesteld, zo heeft het CBb overwogen. Het CBb heeft het Methodebesluit op dit punt in stand gelaten.
20. Op grond van rechtsoverweging 13.12.2 in de uitspraak inzake het methodebesluit brengt Zebra nu haar bezwaren tegen de waarderingsgrondslagen en de uitkomst van de waardering bij de gronden tegen het x-factorbesluit in, omdat volgens Zebra beide aspecten (grondslag en uitkomst) volgens het CBb ter discussie staan in het kader van de individuele x-factorbesluiten.
21. De methode ter bepaling van de GAW in het Methodebesluit, inclusief indexering vanaf 1 januari 2004, is volgens Zebra niet toegepast op de waarde van de EHD-netten van Zebra. Het is voor Zebra niet duidelijk waarom dat het geval is. Om een juiste en met het methodebesluit consistente waarde voor de EHD-netten te berekenen zou volgens Zebra moeten worden uitgegaan van de aanschafwaarde en een afschrijftermijn zoals die is vastgelegd in de Regulatorische Accounting Regels en niet, zoals de Raad heeft gedaan, van de bedrijfseconomische waarde zoals opgenomen in de jaarrekening 2005 van de eigenaren van de activa.
22. Uit de berekening van de Raad resulteert een waarde voor het EHD-net van Zebra van EUR 339.000 terwijl berekening conform de Regulatorische Accounting Regels resulteert in een waarde van EUR 4.018.000. Volgens Zebra dient deze laatste waarde als uitgangspunt te worden genomen voor regulering van de EHD-netten.

Evenredigheid en haalbaarheid van de regulering

23. Volgens Zebra heeft de Raad verder verzuimd op een deugdelijke wijze de evenredigheid en de haalbaarheid te beoordelen van de reguleringssystematiek voor Zebra. Dit bezwaar is eveneens als grond van beroep tegen het methodebesluit aangevoerd, maar het CbB heeft volgens Zebra over deze grond geen beslissing genomen.

IV. Beoordeling

IV.1 Algemeen

24. 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.
25. De bezwaren die tevens in de beroepsgronden tegen het Methodebesluit aan de orde zijn gesteld zijn derhalve naar het oordeel van de Raad ongegrond.
26. Met inachtneming daarvan zal de Raad hierna ingaan op de nog resterende bezwaargronden van Zebra.

IV.2 De bezwaargronden van Zebra

De wijze van waarden van de EHD-netten

27. Zebra heeft aangegeven de vaststelling van de waarde van de EHD-netten niet juist te achten. De Raad overweegt dienaangaande als volgt.
28. Het CbB heeft in rechtsoverweging 13.12.2 van de uitspraak inzake het Methodebesluit het volgende overwogen:

“Wat betreft de waarderingsgrondslagen van de EHD-netten heeft verweerder in het verweerschrift alsnog toegelicht dat de waarden van die netten zijn gebaseerd op de boekwaarden zoals die door de netbeheerders zelf zijn aangeleverd. Alleen als het niet mogelijk is aan te sluiten bij de boekwaarden van de netbeheerders, zoals bij de

vaststelling van de GAW per 2004, wordt van een andere waarderinggrondslag uitgegaan. Die situatie doet zich bij de EHD-netten niet voor.

Voor zover Zebra en Zebra het niet eens zijn met de waarden die verweerder voor hun EHD-netten heeft gehanteerd, kan die grief in het kader van de individuele x-factorbesluiten aan de orde worden gesteld."

29. Voor wat betreft de waardering van de EHD-netten moet derhalve een onderscheid worden gemaakt tussen de grondslagen op basis waarvan de waardering plaatsvindt en de waarden die door de Raad zijn gehanteerd. Tot de eerste behoort de methodiek die is gehanteerd ter bepaling van de waarde en tot de tweede de getallen die als uitkomst van de toepassing van de methodiek wordt gehanteerd. Als gevolg van de uitspraak van het CBB inzake het Methodebesluit is het in bezwaar tegen het besluit tot vaststelling van de doelmatigheidskorting mogelijk de waarden ter discussie te stellen maar niet de grondslag van de waardering. De grondslag ligt besloten in het Methodebesluit.
30. In genoemde uitspraak heeft het CBB niet aangegeven deze van de reguleringsmethode als neergelegd in het Methodebesluit deel uitmakende waarderinggrondslag onjuist of onredelijk te achten, zodat van de rechtmatigheid daarvan moet worden uitgegaan.
31. Het bezwaar dat de Raad bij de berekening van de activawaarde van de EHD-netten had moeten uitgaan van de Regulatorische Accounting Regels en niet van de bedrijfseconomische waarde ziet, anders dan Zebra in haar bezwaar stelt, op de waarderinggrondslag die de Raad volgens Zebra had moeten hanteren om de waarde van de EHD-netten te kunnen bepalen. Deze grond is, zoals aangegeven, reeds in het methodebesluit aan de orde geweest, zodat dit bij de beoordeling van de onderhavige bezwaren als een vaststaand gegeven moet worden beschouwd. Voorts is niet gebleken dat in het geval van Zebra niet van de boekwaarde zou kunnen worden uitgegaan. Niet gebleken is namelijk dat deze waarde in het geval van de EHD-netten van Zebra een onjuiste afspiegeling zou vormen van de historische kosten. Het bezwaar tegen de wijze van waarderen (de waarderinggrondslag) van de EHD-netten is derhalve ongegrond.
32. Een indexering van die waarde vanaf 1 januari 2004, zoals geschiedt bij de gestandaardiseerde activawaarden van de netbeheerders zoals die zijn vastgesteld in Appendix 1 van de Reguleringsovereenkomst,⁵ is in dit geval niet aan de orde. Indexering van activawaarden is op basis van economische gronden alleen aan de orde wanneer het

⁵ Overeenkomst tussen de directeur DTe en de aandeelhouders van de netbeheerders en vergunninghouders gas, d.d. 3 november 2003.

rendement wordt berekend met een reële WACC.⁶ De activa waarvan op basis van de Reguleringsovereenkomst de waarde per 1 januari 2004 is vastgesteld, worden sinds die datum gereguleerd met gebruik van een reële WACC, zodat vanaf die datum indexatie plaatsvindt. De EHD-netten van Zebra zijn niet opgenomen in de Reguleringsovereenkomst, zodat daar niet hetzelfde voor geldt. De EHD-netten zijn eerst met ingang van 1 januari 2008 in de regulering betrokken. Vanaf dat moment wordt het rendement op de EHD-netten berekend met een reële WACC, zodat de activa van de EHD-netten ook vanaf dat moment worden geïndexeerd (en niet reeds voor die datum).

33. De gehanteerde waarden vloeien voort uit de door de Raad gekozen en in rechte vaststaande waarderingsgrondslag. Nu Zebra alleen aanvoert dat de uitkomst van de berekening onjuist is omdat als uitgangspunt van die berekening een onjuiste waarderingsgrondslag is gebruikt, is dit bezwaar naar het oordeel van de Raad ongegrond.

Evenredigheid en haalbaarheid van de reguleringsystematiek

34. Zebra stelt in bezwaar tegen het x-factorbesluit dat de Raad heeft verzuimd op een deugdelijke wijze de evenredigheid en de haalbaarheid te beoordelen van de reguleringsystematiek voor Zebra. Dit is tevens als beroepsgrond tegen het methodebesluit aan de orde gesteld.
35. Het CBb is niet expliciet ingegaan op deze beroepsgrond maar deze is voor het CBb ook geen aanleiding geweest om het methodebesluit op dat punt onrechtmatig te achten. Daar de doelmatigheidskorting dwingend voortvloeit uit de methode, is de grief van Zebra in wezen een grief tegen het Methodebesluit. Nu het CBb het Methodebesluit op dit punt niet onrechtmatig heeft geacht, staat daarmee in rechte vast dat de Raad niet tekort is geschoten in de beoordeling van de haalbaarheid en de evenredigheid van de regulering van Zebra.
36. Voor zover de regulering voor Zebra al zou leiden tot onhaalbaarheid overweegt de Raad als volgt.
37. Het CBb is in het kader van de beoordeling van het Methodebesluit ingegaan op vergelijkbare beroepsgronden van drie andere netbeheerders en heeft vastgesteld dat niet-financierbare regulering niet per definitie als onrechtmatig valt te kwalificeren. Het CBb overwoog in zijn uitspraak over het Methodebesluit:“

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

⁶ WACC staat voor weighted average cost of capital en wordt door de Raad gebruikt als normrendement voor het geïnvesteerd vermogen.

onrechtmatig is. 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.”

Daarnaast kent het CBb een ruime beoordelingsruimte toe aan de Raad, waarbinnen volgens het CBb in beginsel verschillende rechtmatige benaderingen denkbaar zijn.⁸ Binnen deze rechtmatige benaderingen valt derhalve ook, zo blijkt uit genoemde uitspraak van het CBb inzake het Methodebesluit, de benadering om onder omstandigheden niet-financierbaar te reguleren.

38. In het kader van een verzoek om een voorlopige voorziening ingesteld door NRE Netwerk B.V., tegen het methodebesluit en de individuele x-factorbesluiten, 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: methodebesluit en de individuele x-factorbesluiten) voor rekening van verzoeksters mogen laten “.*⁹

39. De Raad concludeert op basis van deze overwegingen dat er rechtens geen gehoudenheid bestond om de haalbaarheid en de evenredigheid van de reguleringssystematiek verdergaand te onderzoeken en te beoordelen dan bij de vaststelling van het bestreden besluit en het daaraan ten grondslagliggende Methodebesluit is gedaan.
40. Het bezwaar van Zebra dient mitsdien ongegrond te worden verklaard.

IV.3 Proceskosten

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

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

⁸ CBb, 3 november 2009, r.o. 13.2, LJN BK1790; CBb 3 juni 2008, LJN BD5228.

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

V. Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit besluit:

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

Datum: 4 november 2010

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

w.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter

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