

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 103615_3/16; 103615_4/62

Betreft zaak: Bezwaren van Cogas en vereniging FME/CWM tegen het x-factorbesluit RN4G voor Cogas Infra & Beheer B.V.

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit houdende de beslissing op de bezwaren van Cogas Infra & Beheer B.V. en de vereniging FME/CWM tegen het besluit tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, de kwaliteitsterm en van het rekenvolume voor de vierde reguleringsperiode gas (1 januari 2011 tot en met 31 december 2013), als bedoeld in artikel 81a, eerste lid, van de Gaswet, voor Cogas Infra & Beheer B.V.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 14 september 2010, met kenmerk 103224_1/5 (hierna: 'x-factorbesluit'), heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'de Raad') de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, de kwaliteitsterm en van het rekenvolume, als bedoeld in artikel 81a, eerste lid, van de Gaswet, voor de periode van 1 januari 2011 tot en met 31 december 2013 vastgesteld voor Cogas Infra & beheer B.V. (hierna: 'Cogas').
2. Bij brief van 21 oktober 2010 heeft Cogas bezwaar gemaakt tegen het x-factorbesluit. Bij brief van 11 februari 2011 heeft Cogas de gronden van bezwaar aangevuld.
3. Daarnaast heeft de vereniging FME/CWM (hierna: 'FME') bij brief van 22 oktober 2010 bezwaar gemaakt tegen het x-factorbesluit. FME stelt zich op als belanghebbende partij vanwege het collectieve belang dat de vereniging behartigt voor haar deelnemers en vanwege het belang dat zij als gebruikster van gas in haar kantoorpand heeft, alsmede als gemachtigde van een aantal leden van de vereniging. Eerst bij brief van 8 november 2010, derhalve na afloop van de bezwaartermijn, heeft FME aangegeven namens welke bedrijven het bezwaar mede is ingediend. Bij brieven van 8 november 2010, 22 april 2011 en 26 april 2011 heeft FME de aanvullende gronden van bezwaar ingediend.

4. Op 16 december 2010 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het 'CBb') het verzoek van FME om een voorlopige voorziening, mede aangaande het x-factorbesluit, behandeld. FME verzocht hierbij onder andere om de werking van de x-factorbesluiten voor de vierde reguleringsperiode gas voor alle regionale netbeheerders op te schorten in afwachting van een uitspraak van het CBb in de voorgenomen bodemprocedure tegen deze besluiten. Het CBb heeft het verzoek van FME bij uitspraak van 22 december 2010 afgewezen, vanwege het ontbreken van enig spoedeisend belang.¹
5. Bij besluit van de Raad van 31 maart 2011, met kenmerk 103636_2/10, is het x-factorbesluit gewijzigd. Gelet op het bepaalde in artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb'), worden de door partijen ingediende bezwaren geacht mede te zijn gericht tegen dit wijzigingsbesluit. Het besluit van 14 september 2010 en het wijzigingsbesluit van 31 maart 2011 wordt hierna gezamenlijk mede aangeduid als het 'bestreden besluit'.
6. Op 14 april 2011 heeft de Vereniging van Energienetbeheerders in Nederland, 'Netbeheer Nederland', schriftelijk gereageerd op de bezwaren van FME. Naar aanleiding hiervan heeft de Raad Netbeheer Nederland uitgenodigd om als derde-belanghebbende de hoorzittingen bij te wonen in het kader van de behandeling van de bezwaren tegen de x-factor- en tariefbesluiten voor de vierde reguleringsperiode gas. Netbeheer Nederland heeft hiervan geen gebruik gemaakt.
7. De Raad heeft bij brieven van 29 maart 2011 Cogas en FME in de gelegenheid gesteld hun bezwaren ten aanzien van het bestreden besluit mondeling nader toe te lichten tijdens een hoorzitting. Geen van de bezwaarmakers heeft gebruik gemaakt van de geboden gelegenheid om gehoord te worden.

II. Wettelijk kader

8. Het wettelijk kader luidt, voor zover hier van belang:

Gaswet:

Artikel 61, vierde lid:

"Een representatieve organisatie van netgebruikers op de gasmarkt wordt geacht belanghebbende te zijn bij besluiten op grond van deze wet."

¹ LJN: BP0458.

Artikel 81:

“1. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit stelt 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 rekenvolume van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld, vast.

2. De korting ten behoeve van de doelmatige bedrijfsvoering heeft onder meer ten doel 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.”

Artikel 81a, eerste lid:

“Ten behoeve van het voorstel, bedoeld in artikel 81b, stelt de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit voor iedere netbeheerder afzonderlijk voor een periode van ten minste drie en ten hoogste vijf jaar vast:

- a. de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering,
- b. de kwaliteitsterm,
- c. het rekenvolume van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld.”

III. Gronden van bezwaar

Bezwaargronden Cogas

Eerste grond van bezwaar: erkenning van aansluitdichtheid van netten als ORV

9. Als eerste grond van bezwaar voert Cogas aan dat aansluitdichtheid van (gas)transportnetten niet als Objectieverbaar Regionaal Verschil ('ORV') wordt erkend in het methodebesluit. Volgens Cogas is dit ten onrechte omdat voldaan is aan het criterium voor een ORV, zoals opgenomen in randnummer 110 van het methodebesluit voor de vierde reguleringsperiode regionale netbeheerders gas, hierna: het Methodebesluit RN4G².

² Besluit van 26 augustus 2010 van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, met kenmerk 103222_1/246.

10. Cogas is van mening dat de Raad onzorgvuldig heeft gehandeld door vast te houden aan een statistische onderbouwing voor het aantonen van een ORV aansluitdichtheid. De Raad handelt volgens Cogas ook niet consistent in vergelijking met aansluitdichtheid bij elektriciteit. Voor de opname van invoeding van elektriciteit wordt in het methodebesluit elektriciteit³ immers ook niet geëist dat er een statistisch verband aanwezig is tussen de output van invoeding en de kosten ervan.
11. Cogas acht het niet opnemen van aansluitdichtheid van transportnetten als ORV daarom in strijd met de Gaswet. Er is naar haar mening niet voldaan aan het vereiste van bevordering van gelijkwaardigheid in de doelmatigheid als bedoeld in het tweede lid van artikel 81 van de Gaswet.

Tweede grond van bezwaar: erkenning aansluitdichtheid van aansluitleidingen als ORV

12. De tweede bezwaargrond van Cogas ziet op aansluitdichtheid van aansluitleidingen als ORV. Ook dit is ten onrechte niet in het Methodebesluit RN4G erkend. Dit heeft tot gevolg dat Cogas, met gemiddeld langere aansluitleidingen, wordt benadeeld doordat de Raad de Eenmalige Aansluitvergoeding ('EAV') < 25 m voor alle netbeheerders op gelijke hoogte heeft vastgesteld.
13. De Raad heeft onzorgvuldig gehandeld door geen enkel onderzoek te doen naar aansluitdichtheid voor aansluitleidingen als ORV.

Derde grond van bezwaar: nacalculatie EHD-netten

14. De derde bezwaargrond van Cogas luidt dat ten onrechte in het methodebesluit is bepaald dat de (onjuiste) wijze van regulering van Extra Hogedruk (EHD) netten in de derde reguleringsperiode gas niet wordt nagecalculeerd in de vierde reguleringsperiode. De aangevoerde redenen daarvoor in het methodebesluit snijden volgens Cogas geen hout.
15. Meer specifiek is Cogas van mening dat de kosten van de EHD-netten ten onrechte niet zijn nagecalculeerd in het tariefbesluit. Dienaangaande verwijst Cogas naar het bezwaarschrift dat N.V. Rendo (hierna: 'Rendo') heeft ingediend met betrekking tot het x-factorbesluit voor de vierde reguleringsperiode gas en het tariefbesluit 2011 gas voor Rendo. Cogas merkt hierbij op dat het niet-nacalculeren niet als een ondernemingsrisico voor Cogas kan worden beschouwd. De motivering bij de afwijzing van het verzoek om

³ Besluit van 26 augustus 2010, met kenmerk 103221_1/266, van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 41, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998, dat betrekking heeft op de vijfde reguleringsperiode (2011–2013) regionale netbeheerders elektriciteit.

nacalculatie van Rendo in het kader van het methodebesluit snijdt volgens Cogas geen hout.

Bezwaargronden FME

16. FME kan zich niet vinden in een algemene stijging van de tarieven voor het transport van gas met 5 tot 7% per jaar gedurende de jaren 2011 tot en met 2013 en heeft daarom bezwaar aangetekend tegen het bestreden besluit. FME heeft in bezwaar – kort en zakelijk weergegeven – het volgende aangevoerd:
- FME maakt bezwaar tegen de methode van vaststellen van het bestreden besluit;
 - FME is van oordeel dat het bestreden besluit, in strijd met de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb, niet is voorzien van een duidelijke en zelfstandige motivering; en
 - FME is van oordeel dat het bestreden besluit in strijd met de Gaswet tot stand is gekomen omdat op grond van de wet niet een negatieve x-factor kan worden vastgesteld.

Verzoek vergoeding kosten bezwaarfase

17. Tot slot verzoekt ook FME om vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, die zij heeft gemaakt voor het voeren van onderhavige bezwaarprocedure.

Reactie Netbeheer Nederland

18. Netbeheer Nederland heeft, in reactie op het bezwaarschrift van FME, een schriftelijke reactie ingediend.⁴ Netbeheer Nederland stelt - kort samengevat - dat de gronden van FME zich richten tegen de methode en FME bij de totstandkoming van het Methodebesluit RN4G geen zienswijze heeft ingediend. De gronden van FME zijn te algemeen geformuleerd en daarmee is niet voldaan aan de vereisten die worden gesteld aan een ontvankelijk bezwaarschrift, aldus Netbeheer Nederland. Netbeheer Nederland verbindt hieraan de conclusie dat de Raad FME niet-ontvankelijk moet verklaren.
19. De Raad heeft kennisgenomen van de reactie van Netbeheer Nederland en neemt deze in overweging bij zijn beoordeling.

IV. Belanghebbendheid FME

⁴ Brief van 14 april 2011, kenmerk 103680_1/29.

20. Alvorens de Raad toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de gronden van bezwaar van FME dient hij vast te stellen of FME belanghebbende is bij het bestreden besluit.
21. FME heeft bezwaar gemaakt in de volgende hoedanigheden:
- i. namens de vereniging FME/CWM;
 - ii. als gebruiker van gas in het kantoorpand van FME ofwel als afnemer (eindverbruiker);
 - iii. als vertegenwoordiger van zestien bedrijven (leden van de vereniging FME), te weten: HKS Scrap Metals B.V., Bijlsma Shipyard B.V., Bosal Nederland B.V., Van Beest B.V., KMWE Precision Systems & Precision Components, Photonis Netherlands B.V., Dalsem B.V., Nemag B.V., GEA Goedhart B.V., Betech Group B.V., Sanders IJzergieterij en Machinefabriek B.V., STODT, Nederlandse Radiateurs Fabriek B.V., EPCOR B.V., KSB Nederland B.V. en Nassau Indus Deur B.V.
22. Ten aanzien van de door FME als gebruiker van gas en als vertegenwoordiger van zestien bedrijven gestelde belanghebbendheid, overweegt de Raad als volgt. Voor belanghebbendheid in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb, dient er sprake te zijn van een persoonlijk, kenmerkend belang bij het bestreden besluit waartegen bezwaar is gemaakt.⁵ In de manier waarop individuele afnemers in hun belangen worden geschaad, onderscheidt FME zich als eindverbruiker van gas en als vertegenwoordiger van zestien leden van de vereniging FME niet in rechtens relevante mate van alle andere afnemers van gas (niet zijnde netbeheerders), zodat er een onderscheidend kenmerkend belang bestaat. Hierom kunnen de individuele leden van FME, of FME zelf in haar hoedanigheid van afnemer niet zijnde netbeheerder, niet worden aangemerkt als belanghebbende. De Raad acht FME als individuele afnemer en als vertegenwoordiger van zestien bedrijven niet-ontvankelijk in het bezwaar.
23. Ten aanzien van de door FME gestelde belanghebbendheid in haar hoedanigheid van vereniging, overweegt de Raad als volgt. Ingevolge artikel 61, vierde lid, van de Gaswet, wordt een representatieve organisatie van netgebruikers op de gasmarkt geacht belanghebbende te zijn bij besluiten op grond van de Gaswet. De voorzieningenrechter heeft bij uitspraak van 22 december 2010 (voorlopig) geoordeeld dat de vereniging een representatieve organisatie is als bedoeld in artikel 61, vierde lid van de Gaswet en daarmee FME belanghebbende geacht.⁶ De Raad ziet geen aanleiding om van het oordeel van de voorzieningenrechter af te wijken.

⁵ Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2008, p. 71.

⁶ Zie de hierboven aangehaalde uitspraak CbB 22 december 2010, LJN: BPO458, r.o. 4.2.

24. Ten aanzien van de reactie van Netbeheer Nederland oordeelt de Raad als volgt. De formulering van de gronden van FME bevat voldoende relevante onderdelen om aangemerkt te worden als gronden van bezwaar. Dit is niet anders indien deze gronden louter zijn gericht tegen de methode.⁷ Het standpunt van Netbeheer Nederland kan dan ook niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaar van FME.
25. De Raad merkt FME aan als representatieve organisatie en daarmee als belanghebbende bij het bestreden besluit. Waar in dit besluit wordt gesproken over FME, wordt dan ook uitsluitend gerefereerd aan de vereniging FME/CWM in haar hoedanigheid van representatieve organisatie.

V. Overwegingen ten aanzien van de bezwaargronden

Algemeen

26. Cogas en FME hebben bezwaar gemaakt tegen tariefbesluiten en x-factorbesluiten⁸ die een uitwerking vormen van het methodebesluit voor de regionale netbeheerders gas. Voor een goed begrip van de beoordeling van deze bezwaargronden is het van belang de systematiek van tariefregulering op grond van de Gaswet kort toe te lichten.
27. De systematiek van de tariefregulering voor gasnetten is vastgelegd in een 'methodebesluit'.⁹ De methode die is toegepast bij de vaststelling van het bestreden besluit is vervat in het Methodebesluit RN4G. De vaststelling van de x-factorbesluiten en tariefbesluiten betreft een toepassing van het methodebesluit in het concrete geval voor de betreffende netbeheerder.¹⁰
28. Het methodebesluit betreft een separaat en zelfstandig appellabel besluit. Tussen een methodebesluit, een x-factorbesluit en een tariefbesluit bestaat een zeer nauwe verwevenheid. Het x-factorbesluit en het tariefbesluit zijn immers mede gebaseerd op het methodebesluit. Wanneer de methode rechtmatig is, is dit ook het geval voor de daarop

⁷ Zie CBb 13 december 2007, LJN: BC0051.

⁸ De besluiten ingevolge artikel 81c, eerste en tweede lid, van de Gaswet, tot vaststelling van de korting tot bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering voor de vierde reguleringsperiode.

⁹ Besluit tot vaststelling van de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, van de kwaliteitsterm en van het rekenvolumina van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld. Zie hiertoe artikel 81, eerste lid, van de Gaswet.

¹⁰ Zie CBb 22 december 2010, LJN: BP0458, r.o. 4.3. en NMa, "*Zorgen voor optimale energie distributienetten, Visie van de toezichhouder op het reguleringskader*", februari 2010.

gebaseerde x-factor- en tariefbesluiten, behoudens specifieke omstandigheden die uitsluitend betrekking hebben op de (wijze van) vaststelling van het x-factor- of tariefbesluit.

29. Dit betekent dat wanneer tegen het Methodebesluit RN4G aangevoerde grieven niet gegrond zijn verklaard, uitgegaan moet worden van de rechtmatigheid van de methode en derhalve ook van de rechtmatigheid van de op die methode gebaseerde x-factor- en tariefbesluiten, behoudens voor zover bezwaren zich specifiek richten tegen het hier bestreden besluit. Uitgangspunt van de Raad is daarom dat een bezwaar tegen een x-factor- of een tariefbesluit dat feitelijk gericht is tegen hetgeen in het methodebesluit is geregeld of daar geregeld had moeten worden, ongegrond dient te worden verklaard.
30. Dat het Methodebesluit RN4G nog niet onherroepelijk is, doet hier niet aan af. Aangaande het Methodebesluit RN4G is niet om een voorlopige voorziening verzocht bij de Voorzieningenrechter van het CBb. Wel hebben enkele partijen tegen het Methodebesluit RN4G beroep aangetekend,¹¹ maar deze beroepen zijn nog niet behandeld door het CBb. De Raad heeft zich in verweer op het standpunt gesteld dat het Methodebesluit RN4G rechtmatig is. Nu artikel 6:16 van de Awb bepaalt dat de werking van een besluit niet wordt geschorst door het aantekenen van beroep, gaat de Raad daarom voorshands uit van de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van het Methodebesluit RN4G. Dit betekent dat de juistheid van de methode die ten grondslag ligt aan de doelmatigheidskorting en de tarieven, niet in het kader van onderhavige bezwaarprocedure (alsnog) ter discussie kan worden gesteld.
31. Dit laat evenwel onverlet dat de Raad erop gewezen kan worden dat onder omstandigheden een bepaalde uitwerking van de methode in een x-factor- of tariefbesluit ertoe leidt dat een specifiek onderdeel van de methode in strijd komt met de wet of een wettelijke regeling. In een dergelijk geval heroverweegt de Raad of op dat specifieke punt de methode onverbindend moet worden geacht. Voor een dergelijk oordeel moeten de aangevoerde bezwaren dan aanleiding geven.
32. Gelet op het voorgaande ziet de Raad zich bij elke bezwaargrond voor de vraag gesteld of deze niet eigenlijk gericht is tegen het Methodebesluit RN4G. Voor zover de bezwaargrond zich richt tegen het Methodebesluit RN4G, acht de Raad – uitgaande van het niet-onverbindende karakter van het Methodebesluit RN4G – dat bezwaar ongegrond, tenzij hij onder de specifieke omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat een onderdeel van de methode onverbindend moet worden geacht.^{12 13}

¹¹ Zie kenmerken CBb: AWB 10/1049, AWB 10/1052, AWB 10/1054, AWB 10/1064, AWB 10/1068.

¹² Zie CBb 13 december 2007, LJN: BC0051 en CBb 2 juni 2009, LJN:BJ0727.

Beoordeling van de bezwaargronden van Cogas

Eerste en tweede grond van bezwaar: erkenning van aansluitdichtheid als ORV

33. Nu de eerste en tweede bezwaargrond van Cogas beiden zien op de erkenning van 'aansluitdichtheid' als ORV en de erkenning van ORV plaatsvindt in het kader van het vaststellen van de methode, worden deze gronden tezamen beoordeeld.
34. Met deze bezwaargronden klaagt Cogas dat aansluitdichtheid van gastransportnetten en aansluitdichtheid van gasaansluitingen ten onrechte niet als ORV worden erkend in het methodebesluit. Erkenning van bepaalde kosten als ORV brengt met zich dat deze voor de netbeheerder die deze kosten draagt, voor afzonderlijke vergoeding in de tarieven in aanmerking komen.
35. De Raad overweegt eerst dat erkenning van ORV geschiedt bij een methodebesluit. Dit is in de voorafgaande reguleringsperiode bijvoorbeeld het geval voor 'lokale heffingen' als ORV. In deze – door het CBb aanvaardbaar geachte – systematiek van erkenning van ORV is het bij voorbaat niet mogelijk dat aansluitdichtheid als ORV erkend zou kunnen worden bij de vaststelling van een x-factorbesluit of tariefbesluit. Slechts de feitelijke verwerking van de kosten die samenhangen met een (in het methodebesluit erkende) ORV kan onderdeel van discussie zijn in het kader van de vaststelling van de tarieven.
36. Deze bezwaren richten zich dan ook materieel tot de methode die de Raad hanteert bij de vaststelling van de x-factor- en tariefbesluiten, en niet tegen het bestreden besluit zelf. Zoals hierboven aangegeven in randnummer 27 tot en met 32, dient de Raad in beginsel uit te gaan van de rechtmatigheid van het Methodebesluit RN4G. Dit betekent dat de juistheid van de methode met betrekking tot de erkenning van ORV, niet in het kader van deze bezwaarprocedure (alsnog) ter discussie kan worden gesteld. Beoordeling van de zorgvuldigheid van het onderzoek naar 'aansluitdichtheid' als ORV, komt derhalve ook niet in het kader van een bezwaarprocedure tegen het bestreden besluit aan de orde, maar in het kader van de beroepen tegen het Methodebesluit RN4G.
37. Ook de wijze van vaststelling van de EAV volgt uit de geldende methode. Nu de kosten van aansluitleidingen bij vaststelling van de methode niet erkend zijn als ORV, heeft dat tot gevolg dat de aansluitkosten niet afzonderlijk in de tarieven vergoedbaar worden

¹³ Bij brieven van 21 januari 2011 aan Rendo (kenmerk: 103615_2/5) en van 2 februari 2011 aan FME (kenmerk: 103615_4/10) is ook aangegeven dat indien een uitspraak van het CBb inzake het methodebesluit gevolgen heeft voor de vaststelling van de x-factoren en tarieven, de bestreden besluiten met het oog op de uitspraak ambtshalve zullen worden herzien.

geacht en worden meegenomen in de maatstaf. Dientengevolge worden de EAV voor alle netbeheerders op gelijke hoogte worden vastgesteld. Hierdoor kan voor Cogas ook niet worden afgeweken bij de vaststelling van het EAV-tarief.

38. Zoals de Raad hierboven heeft aangegeven in randnummer 27 tot en met 32, kan in beginsel de rechtmatigheid van de methodiek niet in het kader van de onderhavige bezwaarprocedure opnieuw ter discussie worden gesteld. Naar het oordeel van de Raad is er bovendien geen sprake van bijzondere omstandigheden die de Raad in afwijking van de methode doen besluiten. Cogas heeft tevens geen gronden aangevoerd waaruit volgt dat de Raad de methode onverbindend moet achten. Daarnaast merkt de Raad op dat indien hij het methodebesluit buiten toepassing zou laten, daarmee geen grondslag wordt geschapen om aan de wens van Cogas tegemoet te komen. Immers, bij wege van het bestreden besluit kan aansluitdichtheid niet als ORV worden erkend.

Derde grond van bezwaar: nacalculatie EHD-netten

39. Cogas voert als derde bezwaargrond aan dat de kosten uit de derde reguleringsperiode gas die samenhangen met de EHD-netten ten onrechte niet wordt nagecalculeerd. Cogas voert hierbij aan dat in het Methodebesluit RN4G is bepaald dat de (onjuiste) wijze van regulering van Extra Hogedruk (EHD) netten in de derde reguleringsperiode gas niet wordt nagecalculeerd in de vierde reguleringsperiode. Cogas richt zich tegen de aangevoerde redenen daarvoor in het Methodebesluit RN4G.
40. Ten aanzien van haar derde grond van bezwaar sluit Cogas zich aan bij Rendo,¹⁴ die stelt dat de Raad in het Methodebesluit RN4G ten onrechte het verzoek van Rendo dat betrekking heeft op nacalculatie van de vermeend onjuiste regulering van de EHD netten in de derde reguleringsperiode gas, heeft afgewezen. De Raad begrijpt dit betoog aldus, dat het bestreden besluit volgens Rendo en Cogas een nacalculatie dient te bevatten voor de – door deze partijen als ‘onjuist’ bestempelde – regulering van de EHD-netten in de derde reguleringsperiode.
41. Nu deze bezwaargrond kennelijk ziet op nacalculatie, althans de methode van nacalculatie van de EHD-netten, richt deze zich niet tegen onderhavige x-factorbesluit, maar tegen het tariefbesluit gas 2011 voor Cogas. Op grond van artikel 81c van de Gaswet geschiedt de beoogde correctie (nacalculatie) bij de vaststelling van een tariefbesluit. Met betrekking tot het hier bestreden x-factorbesluit moet deze klacht reeds om die reden ongegrond worden verklaard. De behandeling van de betreffende bezwaargrond kan slechts in het kader van een tariefbesluit plaatsvinden.

¹⁴ In procedure 103680_3 met betrekking tot het bezwaar van N.V. Rendo tegen het besluit van 3 december 2010 betreffende tarieven gas 2011 voor N.V. Rendo (met kenmerk 103549_10/9).

42. Naar het oordeel van de Raad ziet ook de derde grond van bezwaar van Cogas op het tariefbesluit gas 2011 voor Cogas, dan wel op het Methodebesluit RN4G, dan wel op het methodebesluit voor de derde reguleringsperiode regionale netbeheerders gas. De Raad verklaart dit bezwaar derhalve ongegrond.

Conclusie

43. Het vorenstaande leidt ertoe dat de bezwaren van Cogas ongegrond worden verklaard.

Beoordeling van de bezwaargronden van FME

Bezwaar tegen de methode van vaststellen van het bestreden besluit

44. FME kan zich niet vinden in enkele afzonderlijke onderdelen van de methodiek die de Raad hanteert bij het vaststellen van het bestreden besluit. FME stelt: "*het methodebesluit wijkt af van de x-factoren*". FME betoogt ter onderbouwing van deze stelling het volgende: "*Ten eerste zijn de vervangingsinvesteringen reeds begrepen in eerdere tariefstellingen, terwijl nieuwe investeringen conform de methodiek pas mogen worden verhaald nadat deze in gebruik zijn genomen*". *Ten tweede wordt in hoofdstuk 6 Investeringsonderzoek van de Methodebesluit geconcludeerd dat er geen noodzaak is om thans extra tariefruimte te creëren voor onder meer investeringen in innovatieve projecten. Toch wordt bij de vaststelling van de x-factoren rekening worden gehouden met verdere kostenstijgingen op het gebied van duurzame energie en vervangingsinvesteringen.*" (randnummer 8 van het bezwaarschrift).
45. De Raad heeft in het Methodebesluit RN4G bepaald dat een aanpassing van de methode van regulering voor een additionele vergoeding voor innovatie projecten vooralsnog prematuur is.¹⁵ Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat de methode niet voorziet in tariefruimte voor investeringen in innovatieve projecten. Netbeheerders kunnen immers de doelmatige kosten voor deze investeringen met gebruik van de bestaande (wettelijke) tariefruimte, via de vaststelling van de x-factor toch terugverdienen. Bij het bepalen van de x-factoren is rekening gehouden met verdere kostenstijgingen op het gebied van duurzame energie en vervangingsinvesteringen, waaronder begrepen eventuele investeringen van netbeheerders in innovatieve projecten.
46. Voorts geeft FME aan van mening te zijn dat de Raad bij het vaststellen van het bestreden besluit ten onrechte voorbij is gegaan aan de volgende overwegingen:
- *"het redelijk rendement wordt verhoogd van 5.5% naar 6.2% en wordt voor alle netbeheerders uniform vastgesteld. FME stelt zich op het standpunt dat de onderbouwing*

¹⁵ Randnummer 70 van het Methodebesluit RN4G.

daarvoor ernstig tekort schiet." (randnummer 9 bezwaarschrift en randnummer 7 aanvullend bezwaarschrift);

- *"De jaarlijkse operationele kosten betreffen een samenstel van zeer aanzienlijke bedragen (...). Uit de stukken begrijpen wij dat de ingediende operationele kosten van de netbeheerders door de Raad worden overgenomen. Dat roept vragen op met betrekking tot doelmatigheid; het achterwege laten van die inhoudelijke toetsing is voor FME-CWM onacceptabel", "transparantie vraagt om een (kwalitatieve) beschrijving daarvan (lees: de investeringsprogramma's), die in de stukken niet terug te vinden is", Elk inzicht en iedere verantwoording van de wijze waarop per netbeheerder de doelmatigheid is getoetst (aanvulling: van de uitgevoerde investeringen) ontbreken."*(randnummer 7 aanvullend bezwaarschrift);
- *"Voorts beschikken de meeste netbeheerders over onvoldoende informatie om tot goed onderbouwde investeringsplannen te komen.(...) Voorts ontbreken voldoende betrouwbare forward-looking data (...)."* (randnummer 9 bezwaarschrift);
- *"Uit diverse persberichten (...) blijkt voorts dat de vermogenspositie van netbeheerders juist gedurende 2009 is versterkt. (...) Ook bestaat er nog ongebruikte speelruimte om minder dividend uit te keren aan de deelnemende overheden"* (randnummer 9 bezwaarschrift), en *"buiten beeld blijft het dividendbeleid. Dat kan per netbeheerder verschillen."* (randnummer 8 aanvullend bezwaarschrift).

47. Ook geeft FME aan dat haar lidbedrijven dagelijks nog steeds sterke ineffectiviteit en inefficiëntie bij de netbeheerders constateren. Dat geeft, naar het oordeel van FME, ruimte voor matiging. Gelet op het voorgaande is FME van mening dat *"het systeem van maatstafconcurrentie slechts een weinig of niet prikkelende 'benchmark benadering [is]".* FME stelt voor om *"teneinde tot voldoende prikkels te komen, om als eerste stap tot verbetering de maatstaf te baseren op de twee meer efficiënte netbeheerder(s) en niet op de meest efficiënte".*
48. De hiervoor genoemde bezwaren van FME richten zich tot het Methodebesluit RN4G. Kennelijk beoogt FME met deze bewaren elementen van de methode zelf, zoals het gehanteerde systeem van maatstafconcurrentie, het gebruik van gegevens die worden aangeleverd door de netbeheerders, de wijze waarop (toekomstige) investeringen worden verwerkt in de tarieven en het vaststellen van de hoogte van een redelijk rendement aan de orde te stellen. Zoals reeds eerder overwogen in randnummer 27 tot en met 32 van dit besluit, kunnen – uitgaande van de rechtmatigheid van het Methodebesluit RN4G – in de onderhavige bezwaarprocedure niet alsnog bezwaren tegen (elementen van) de methode worden ingediend. Dit geldt evenzeer voor de bezwaren van FME die zien op de motivering van deze onderdelen.

49. De wel zeer algemene suggesties van FME omtrent de benchmark-benadering lenen zich naar het oordeel van de Raad overigens niet voor heroverweging in het kader van het bestreden besluit. Deze suggesties zijn immers te algemeen om er een oordeel op te kunnen baseren dat het Methodebesluit RNG4R onverbindend is en buiten toepassing moet worden gelaten.
50. Daarnaast beoogt FME kennelijk te klagen over het dividendbeleid van de netbeheerders en dan meer in het bijzonder de vraag of dit beleid redelijk te noemen is. Het dividendbeleid van netbeheerders is niet aan het toezicht van de Raad onderworpen. Dit argument treft derhalve geen doel.
51. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, verklaart de Raad de bezwaren van FME die zien op de methode van vaststelling van het bestreden besluit ongegrond.
52. Tot slot is door FME nog het volgende betoogd: "*De methodebesluiten bevatten algemene rekenregels voor de x-factoren, zij bevatten geen concrete besluiten ter zake van de x-factoren waartegen bezwaar kan worden gemaakt; dat is eerst het geval bij de onderhavige x-factorbesluiten*". Dit is een onjuiste premisse van de zijde van FME, die geheel voor haar rekening dient te komen. De uniforme openbare voorbereidingsprocedure bij de totstandkoming van het Methodebesluit RN4G biedt belanghebbenden immers de gelegenheid om voorafgaand aan de vaststelling van het methodebesluit hun zienswijze in te dienen. FME is ook bij het Methodebesluit RN4G belanghebbende en had derhalve een zienswijze kunnen indienen in deze procedure en van de overige rechtsmiddelen gebruik kunnen maken. Dit heeft FME nagelaten te doen.
53. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Raad dat in beginsel de rechtmatigheid van de methodiek niet opnieuw ter discussie kan worden gesteld. Naar het oordeel van de Raad is er bovendien geen sprake van bijzondere omstandigheden die de Raad in afwijking van de methode doen besluiten. FME heeft tevens geen gronden aangevoerd waaruit volgt dat de Raad de methode onverbindend moet achten.

Strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur (motiveringsplicht)

54. Volgens FME is het bestreden besluit niet voldoende gemotiveerd. Zij stelt daartoe het volgende. "*Aan de bestreden besluiten ligt geen deugdelijke motivering ten grondslag; die besluiten bevatten slechts een inleiding, leeswijzer, wettelijke context, procedure en dictum. Waarom de desbetreffende x-factoren, overigens net als de q-factoren per netbeheerder zijn vastgesteld zoals in het dictum zijn opgenomen, wordt in het geheel niet gemotiveerd. Daarmee zijn de besluiten in strijd met artikel 3:46 AWB genomen.*"

55. Daarnaast bevat het bestreden besluit naar het oordeel van FME geen zelfstandige motivering, als bedoeld in artikel 3:47 van de Awb. FME onderbouwt deze stelling als volgt: *“Wellswaar wordt verwezen naar de zogenaamde methodebesluiten, doch daarin valt, behalve algemene uitgangspunten en abstracte rekenmethodiek, niets te lezen of af te leiden over de effecten van de besluiten op de tarieven. In de besluitvormingstrits (...) is het een ‘zoekplaatje’ om argumenten en motieven te vinden voor de kennelijk toegestane stijgingen van de tarieven, voor zover die al gevonden kunnen worden.”*
56. Naar het oordeel van de Raad is geen sprake van schending van de motiveringsplicht, als bedoeld in de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb.
57. Allereerst heeft de Raad de (wettelijke) grondslag waarop het bestreden besluit is gebaseerd, voldoende kenbaar en inzichtelijk gemaakt. Zoals de Raad hierboven uiteen heeft gezet in randnummer 27, betreft het bestreden besluit slechts een invulling van de in de Gaswet verankerde besluitvormingsmethodiek. Ingevolge de artikelen 81 tot en met 81e van de Gaswet, omvat het systeem van tariefregulering een reeks periodiek te nemen besluiten. Deze reeks bestaat uit het methodebesluit, de x-factorbesluiten en de tariefbesluiten. Om een en ander begrijpelijk en toegankelijk te maken wordt in het methodebesluit uitgebreid ingegaan op de reguleringssystematiek die de Raad hanteert.¹⁶ De Raad legt in dit besluit onder meer uit, zowel woordelijk als met behulp van formules, hoe de Raad de doelstelling van de wetgever ten aanzien van tariefregulering realiseert.¹⁷
58. Ook licht de Raad in het methodebesluit toe op welke wijze de Raad de x-factoren en de tariefbesluiten vaststelt.¹⁸ De motivering in een methodebesluit kan daarom niet los worden gezien van de daarbij behorende x-factor- en tariefbesluiten. De vaststelling van de betreffende x-factoren en vervolgens de tarieven vloeien immers voort uit het methodebesluit.
59. Voorts merkt de Raad op dat het CBb de wijze waarop de Raad invulling heeft gegeven aan de wettelijke systematiek in de voorgaande reguleringsperioden rechtmatig heeft geacht. Het CBb benadrukt hierbij dat de Raad beschikt over de nodige beoordelingsruimte ten aanzien van de wijze waarop de Raad de reguleringssystematiek inricht. Zo overwoog het CBb in het kader van het Methodebesluit voor derde reguleringsperiode (2008-2010) inzake regionale netbeheerders gas onder meer:

¹⁶ Zie hoofdstuk 7 van het Methodebesluit RN4G.

¹⁷ Zie bijlage 1 van het Methodebesluit RN4G.

¹⁸ Zie hoofdstuk 4.2 van het Methodebesluit RN4G.

“Het College stelt het volgende voorop. Bij het in paragraaf 4 weergegeven bestreden besluit heeft verweerder [de Raad] op grond van artikel 81, eerste lid, Gaswet de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering - de x-factor - en de methode tot vaststelling van de rekenvolumina vastgesteld. In dit besluit heeft verweerder uiteengezet hoe hij tot de gemaakte keuzes is gekomen. Het College overweegt dat verweerder bij zijn keuzes hoe de uit de Gaswet voortvloeiende doelstellingen het best kunnen worden gerealiseerd, de nodige beoordelingsruimte toekomt, waarbij in beginsel verschillende rechtmatige benaderingen denkbaar zijn.”¹⁹

60. Tevens heeft de Raad bij de vaststelling van het bestreden besluit de berekeningswijze van de x-factoren openbaar gemaakt. In bijlage 2 bij de x-factorbesluiten heeft de Raad inzichtelijk gemaakt op welke wijze de formules uit het Methodebesluit RN4G zijn toegepast op de productiviteitsdata van de verschillende netbeheerders (met name kosten, vergoedingen, volumes).
61. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is er naar het oordeel van de Raad geen sprake van een motiveringsgebrek in het bestreden besluit.
62. FME voert in haar bezwaar verder nog aan dat het haar onduidelijk is waarom de x-factoren per netbeheerder zijn vastgesteld. Daartoe wijst de Raad FME op de inhoud van de wettelijke bepalingen. In artikel 81a, eerste lid, van de Gaswet is namelijk bepaald dat de Raad voor iedere netbeheerder afzonderlijk een x-factor dient vast te stellen. Gelet op het vorenstaande behoeft de vaststelling per individuele netbeheerder geen nadere motivering.
63. Daarnaast stelt FME dat de Raad de toegestane tariefstijging in het bestreden besluit onvoldoende heeft gemotiveerd. Ook dit bezwaar is ongegrond. Anders dan FME stelt, gaat de wettelijke besluitvormingsmethodiek voor het bestreden besluit niet uit van een toetsing en motivering van een aanvaardbare stijging van de tarieven. De door de netbeheerder aangeleverde productiviteitsdata bepalen de uitkomsten van het bestreden besluit.
64. De Raad is van oordeel dat de vaststelling van het bestreden besluit duidelijk en begrijpelijk is en de er geen sprake is van strijd met de motiveringsplicht van de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb. Deze bezwaargronden van FME dienen dan ook ongegrond te worden verklaard.

¹⁹ CBb 3 november 2009, LJN: BK1790, r.o. 13.2.

Het bestreden besluit verhoudt zich niet met het doel van de wet

65. Tot slot stelt FME zich in bezwaar op het standpunt dat het niet zou zijn toegestaan negatieve x-factoren vast te stellen. Deze zouden – aldus FME – methodisch gezien maximaal op nul moeten worden gesteld. FME voert hiertoe het volgende aan. *“Ingevolge de formules van de methodebesluiten resulteren, na jaren van kortingen de negatieve x-factoren thans tot aanzienlijke tariefverhogingen voor een aantal netbeheerders. Dat kan de bedoeling van de wetgever nooit zijn geweest. Die heeft steeds gesproken over kortingen in het kader van het nastreven van doelmatigheid.”* Volgens FME bestaan er voor de Raad *“onvoldoende aanknopingspunten om negatieve x-factoren toe te staan”*.
66. Dienaangaande overweegt de Raad dat naar zijn oordeel het vaststellen van een negatieve x-factor rechtmatig is. Uit het wettelijk systeem van tariefregulering volgt dat de efficiënte kosten die een regionale netbeheerder maakt, mogen worden terugverdiend via de tarieven. Ingevolge artikel 81a, eerste lid, van de Gaswet dient aan de netbeheerder een *“korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering”* te worden opgelegd. In de tariefformule van artikel 81b, onderdeel d, van de Gaswet komt deze tot uitdrukking als x-factor. De x-factor heeft als functie de efficiëntiecorrectie uit te voeren. Deze systematiek brengt mee dat de inkomsten van de netbeheerder gedurende een reguleringsperiode mogen stijgen, indien zijn efficiënte kosten stijgen. In een dergelijk geval wordt de korting in de praktijk ‘negatief’ vastgesteld en leidt dit tot hogere maximum tarieven.²⁰ De netbeheerder wordt overigens ook met een negatieve x-factor nog steeds geprikkeld om doelmatig te handelen door uitsluitend efficiënte kosten te maken en zijn kosten tot onder dat maximum te beperken. Bovendien zijn niet alle x-factoren negatief vastgesteld.
67. Ook heeft de Minister van Economische Zaken in de wetsgeschiedenis die betrekking heeft op artikel 81b, onderdeel d, van de Gaswet, bevestigd dat de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering in voorkomende gevallen kan leiden tot een stijging van de toegestane inkomsten van een netbeheerder, en er dus een negatieve x-factor kan worden vastgesteld.²¹
68. Dat sprake is van een stijging van de efficiënte kosten volgt uit het Methodebesluit RN4G. FME heeft haar standpunt dat de kostenstijging met het oog op de methode

²⁰ Uiteraard kan ook het omgekeerde zich voordoen. Indien de efficiënte kosten van de netbeheerder gedurende een reguleringsperiode dalen of gelijk blijven, dienen de inkomsten ook te dalen of gelijk te blijven. Dan wordt de x-factor respectievelijk positief dan wel op nul vastgesteld.

²¹ Dit wordt bevestigd door de Algemene rekenkamer, *“Tariefregulering energienetbeheer”*, 31 maart 2009, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 901, nrs. 1-2, en de minister in nr. 5.

ongerechtvaardigd zou zijn, niet nader gesubstantieerd. Het bezwaar van FME dat het vaststellen van een negatieve x-factor in strijd komt met de Gaswet verklaart de Raad dan ook ongegrond.

Conclusie

69. Het vorenstaande leidt ertoe dat de bezwaren van FME ongegrond worden verklaard.

VI. Vergoeding van kosten bezwaarfase

70. De Raad heeft de bezwaren van FME ongegrond verklaard. Als gevolg daarvan wordt het verzoek van FME om een vergoeding van de proceskosten ex artikel 7:15, tweede lid, Awb, afgewezen.

VII. Besluit

71. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart de bezwaren van de vereniging FME/CWM als individuele afnemer, niet zijnde een netbeheerder, en de bezwaren van de vereniging FME/CWM als vertegenwoordiger van zestien afnemers, niet-ontvankelijk;
- II. verklaart de bezwaren van Cogas Infra & Beheer B.V. ongegrond;
- III. verklaart de bezwaren van de vereniging FME/CWM ongegrond;
- IV. wijst het verzoek van de vereniging FME/CWM om vergoeding van kosten in bezwaar af.

Datum: 1 september 2011

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

Chris Fonteyn
Voorzitter Raad van Bestuur

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