

# Nederlandse Mededingingsautoriteit

## BESLUIT

Nummer 103680\_1/54; 103680\_3/17

Betreft zaak: Bezwaren van vereniging FME/CWM en Rendo tegen het tariefbesluit gas 2011 voor N.V. Rendo

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit houdende de beslissing op de bezwaren van N.V. Rendo en de Vereniging FME/CWM tegen het besluit tot vaststelling van de tarieven voor het transport van gas en de transportondersteunende diensten, ingevolge artikel 81c, eerste en tweede lid van de Gaswet, per 1 januari 2011 voor N.V. Rendo.

### I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 3 december 2010, met kenmerk 103549\_10/9 (hierna: 'bestreden besluit'), heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'de Raad') de maximum nettarieven gas voor het jaar 2011 voor N.V. Rendo (hierna: 'Rendo'), vastgesteld.
2. Bij brief van 10 december 2010 heeft de vereniging FME/CWM (hierna: 'FME') gemotiveerd bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. 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. Bij brieven van 22 april 2011 en 26 april 2011 heeft FME de aanvullende gronden van bezwaar ingediend.
3. Daarnaast is door Rendo bij bezwaarschrift van 5 januari 2011 pro forma bezwaar gemaakt. Bij brief van 17 februari 2011 heeft Rendo 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 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.<sup>1</sup> Hierop heeft FME een aangemeld verzoek om een voorlopige voorziening tegen de tariefbesluiten 2011 gas voor de regionale netbeheerders ingetrokken.

5. 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.
6. De Raad heeft bij brieven van 29 maart 2011 Rendo en FME uitgenodigd hun bezwaren toe te lichten op een hoorzitting van 10 mei 2011. Van de hoorzitting is een verslag opgemaakt, dat op 28 juni 2011 aan partijen is verzonden.<sup>2</sup>

## II. Wettelijk kader

7. De onderhavige beslissing op bezwaar vindt grondslag in de wettelijke bepalingen die in het navolgende, voor zover van belang, worden weergegeven.

### 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."

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.

---

<sup>1</sup> LJN: BP0458.

<sup>2</sup> Kenmerk 103680\_3/13 en 103680\_1/44.

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 rekvolume van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld.”

Artikel 81b, eerste lid:

“Iedere netbeheerder die het transport van gas verricht dat bestemd is voor levering aan afnemers jaarlijks zendt voor 1 oktober aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de tarieven die deze netbeheerder ten hoogste zal berekenen voor het transport van gas aan die afnemers en de dat transport ondersteunende diensten, met inachtneming van:

- a. het uitgangspunt dat de kosten worden toegerekend aan de tariefdragers betreffende de diensten die deze kosten veroorzaken,
- b. de tariefstructuren vastgesteld op grond van artikel 12f of 12g,
- c. het bepaalde bij of krachtens artikel 81a, en
- d. de formule:  
$$TI_t = (1 + (cpi-x+q):100) TI_{t-1},$$
waarbij:

$TI_t$  = de totale inkomsten uit de tarieven uit het jaar t, te weten de som van de vermenigvuldiging van elk tarief in het jaar t en het op basis van artikel 81a, onderdeel c, vastgestelde rekvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld;

$TI_{t-1}$  = de totale inkomsten uit de tarieven in het jaar voorafgaande aan het jaar t, te weten de som van de vermenigvuldiging van elk tarief in het jaar t-1 en het op basis van artikel 81a, onderdeel c, vastgestelde rekvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld;

cpi = de relatieve wijziging van de consumentenprijsindex (alle huishoudens), berekend uit het quotiënt van deze prijsindex, gepubliceerd in de vierde maand

voorafgaande aan het jaar t, en van deze prijsindex, gepubliceerd in de zestiende maand voorafgaande aan het jaar t, zoals deze maandelijks wordt vastgesteld door het Centraal Bureau voor de Statistiek;

x = de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering;

q = de kwaliteitsterm, die de aanpassing van de tarieven in verband met de geleverde kwaliteit aangeeft.”

Artikel 81c, eerste en tweede lid:

“1. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit stelt met betrekking tot het transport van gas dat bestemd is voor levering aan afnemers voor iedere netbeheerder de tarieven, die kunnen verschillen voor de verschillende netbeheerders en voor de onderscheiden tariefdragers en die deze ten hoogste mag berekenen voor het transport van dat gas en de dat transport ondersteunende diensten, jaarlijks vast.

2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan de tarieven die zullen gelden in het jaar t corrigeren, indien de tarieven die golden in het jaar of de jaren voorafgaand aan het jaar t:

- a. bij rechterlijke uitspraak of met toepassing van artikel 6:18 van de Algemene wet bestuursrecht zijn gewijzigd;
- b. zijn vastgesteld met inachtneming van onjuiste of onvolledige gegevens en de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit, indien hij de beschikking had over juiste of volledige gegevens, tarieven zou hebben vastgesteld die in aanmerkelijke mate zouden afwijken van de vastgestelde tarieven;
- c. zijn vastgesteld met gebruikmaking van geschatte gegevens en de feitelijk gegevens daarvan afwijken;
- d. [...].”

### III. Gronden van bezwaar

#### *Bezwaargronden Rendo*

##### *De methode van nacalculatie*

8. Rendo voert aan dat in het tariefbesluit een nacalculatie voor de extra hoge druknetten (hierna: EHD netten) moet worden opgenomen. In de derde reguleringsperiode heeft de Raad, aldus Rendo, ervoor gekozen om de EHD netten als aparte afzetcategorieën te behandelen en die derde periode te gebruiken om tot een definitief oordeel te komen over de vergelijkbaarheid van de afzet van de EHD netten. Rendo merkt voorts op dat de

Raad in de vierde periode een wijziging aan heeft gebracht in de wegingsfactor, omdat gebleken is dat de afzet niet vergelijkbaar is.

9. Rendo is van mening dat de Raad met de wijziging in de wegingsfactor heeft aangegeven dat de eerdere reguleringswijze – in de derde reguleringsperiode – van de EHD netten niet voldoet aan artikel 81 van de Gaswet. Rendo heeft daarom in de zienswijze bij de totstandkoming van het methodebesluit voor de vierde reguleringsperiode regionale netbeheerders gas (1 januari 2011 tot en met 31 december 2013), hierna: 'Methodebesluit RN4G',<sup>3</sup> toegelicht wat de impact is geweest op haar x-factor van de derde periode. Rendo heeft de Raad gevraagd om deze, voor Rendo negatieve, impact via een nacalculatie te herstellen.
10. Volgens Rendo heeft de Raad haar verzoek in het Methodebesluit RN4G afgewezen op basis van een onjuiste motivering. Rendo is van mening dat de Raad daarmee in strijd heeft gehandeld met artikel 3:4 en 3:46 van de Awb.
11. Indien de Raad nog steeds van oordeel is dat er geen wettelijke basis voor nacalculatie is, dan stelt Rendo zich subsidiair op het standpunt dat er ook geen basis is voor het toepassen van de nacalculatie 'Terugdraaien correctie voor nacalculatie eerste helft 2008'. Deze nacalculatie dient dan ook ongedaan gemaakt te worden.

*Verzoek vergoeding kosten bezwaarfase*

12. Rendo verzoekt 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.

*Bezwaargronden FME*

13. 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 Awb en 3:47 van de Awb, niet zijn voorzien van een duidelijke en zelfstandige motivering; en
  - FME is van oordeel dat het bestreden besluit in strijd met de wet tot stand is gekomen omdat op grond van de wet niet een negatieve x-factor kan worden vastgesteld.

---

<sup>3</sup> Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 26 augustus 2010, met kenmerk 103222\_1/246.

*Verzoek vergoeding kosten bezwaarfase*

14. 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*

15. Netbeheer Nederland heeft, in reactie op het bezwaarschrift van FME, een schriftelijke reactie ingediend.<sup>4</sup> Netbeheer Nederland stelt – kort samengevat – dat de gronden van FME zich richten tegen de methode en FME bij de totstandkoming van in het methodebesluit van 26 augustus 2010 voor de vierde reguleringsperiode regionale netbeheerders gas (1 januari 2011 tot en met 31 december 2013), hierna: ‘Methodebesluit RN4G’<sup>5</sup>, 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.
16. De Raad heeft kennisgenomen van de reactie van Netbeheer Nederland en neemt deze in overweging bij zijn beoordeling.

#### **IV. Belanghebbendheid FME**

17. Alvorens de Raad toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de gronden van bezwaar van FME dient te worden vastgesteld of FME belanghebbende is bij het bestreden besluit.
18. 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

---

<sup>4</sup> Brief van 14 april 2011, kenmerk 103680\_1/29.

<sup>5</sup> Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 26 augustus 2010, met kenmerk 103222\_1/246.

Radiateurs Fabrik B.V., EPCOR B.V., KSB Nederland B.V. en Nassau Indus Deur B.V.

19. 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.<sup>6</sup> 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.
20. 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.<sup>7</sup> De Raad ziet geen aanleiding om van het oordeel van de voorzieningenrechter af te wijken.
21. 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.<sup>8</sup> Het standpunt van Netbeheer Nederland kan dan ook niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaar van FME.
22. 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.

---

<sup>6</sup> Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2008, p. 71.

<sup>7</sup> Zie de hierboven aangehaalde uitspraak CBb 22 december 2010, LJN: BP0458, r.o. 4.2.

<sup>8</sup> Zie CBb 13 december 2007, LJN: BC0051.

## V. Overwegingen ten aanzien van de bezwaargronden

### *Algemeen*

23. Rendo en FME hebben bezwaar gemaakt tegen tariefbesluiten en x-factorbesluiten<sup>9</sup> die een uitwerking vormen van het methodebesluit voor de regionale netbeheerders gas. Voor een goed begrip van de beoordeling van de bezwaargronden is het van belang de systematiek van tariefregulering op grond van de Gaswet kort toe te lichten.
24. De systematiek van de tariefregulering voor gasnetten is vastgelegd in een 'methodebesluit'.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>
25. 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 gebaseerde x-factor- en tariefbesluiten, behoudens specifieke omstandigheden die uitsluitend betrekking hebben op de (wijze van) vaststelling van het x-factor- of tariefbesluit.
26. 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.

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Besluit ingevolge artikel 81, eerste lid, van de Gaswet 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.

<sup>11</sup> Zie CBb 22 december 2010, LJN: BP0458, r.o. 4.3. en NMa, "*Zorgen voor optimale energie distributienetten, Visie van de toezichthouder op het reguleringskader*", februari 2010.

27. Dat het Methodebesluit RN4G nog niet onherroepelijk is, doet hier niet aan af. Aangaande het Methodebesluit RN4G is geen verzoek om een voorlopige voorziening gedaan. Wel hebben enkele partijen tegen het Methodebesluit RN4G beroep aangetekend,<sup>12</sup> 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 (of 'x-factor') en de tarieven, niet in het kader van onderhavige bezwaarprocedure (alsnog) ter discussie kan worden gesteld.
28. Het vorenstaande geldt evenzeer voor de bezwaren die in deze procedure tegen het bestreden besluit zijn aangevoerd die zich feitelijk richten tegen het x-factorbesluit. Ook de x-factorbesluiten zijn zelfstandig appellabele besluiten. Bij besluit van dezelfde datum als dit besluit, heeft de Raad beslist op de bezwaren die Rendo en FME hebben ingediend tegen de x-factor voor Rendo (hierna: Bob x-factorbesluit Rendo).<sup>13</sup> De Raad heeft hierbij de voornoemde bezwaren ongegrond verklaard. Gelet hierop dient te worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het x-factorbesluit voor Rendo. Dit leidt ertoe dat de rechtmatigheid van het x-factorbesluit voor Rendo ook niet in het kader van de procedure tegen het bestreden besluit (alsnog) ter discussie kan worden gesteld.
29. 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, dan wel de vaststelling van de x-factor onverbindend moet worden geacht. Voor een dergelijk oordeel moeten de aangevoerde bezwaren dan aanleiding geven.
30. 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 dan wel tegen het x-factorbesluit voor Rendo. Voor zover daarvan sprake is, acht de Raad – uitgaande van het niet-onverbindende karakter van het Methodebesluit RN4G en het x-factorbesluit voor Rendo – 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.<sup>14 15</sup>

---

<sup>12</sup> Zie kenmerken CBb: AWB 10/1049, AWB 10/1052, AWB 10/1054, AWB 10/1064, AWB 10/1068.

<sup>13</sup> Besluit kenmerk 103615\_2/19.

<sup>14</sup> Zie CBb 13 december 2007, LJN: BC0051 en CBb 2 juni 2009, LJN:BJ0727.

*Bezwaargronden Rendo*

*Algemeen*

31. Rendo 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. Gelet op het inbrengen van deze grief als bezwaargrond, begrijpt de Raad het betoog aldus, dat het bestreden besluit volgens Rendo een nacalculatie dient te bevatten voor de – door Rendo als ‘onjuist’ bestempelde – regulering van de EHD-netten in de derde reguleringsperiode.

*Geen wettelijke grondslag voor nacalculatie EHD-netten*

32. Rendo stelt dat de Raad in artikel 81c, tweede lid, aanhef en onder b. dan wel c. van de Gaswet wel degelijk een wettelijke grondslag geeft om tot nacalculatie van de nadelige effecten van deze (vermeend) onjuiste regulering over te gaan. Dit in tegenstelling tot hetgeen de Raad in randnummer 130 van bijlage 4 bij Methodebesluit RN4G heeft overwogen:

*“De Raad honoreert het verzoek van RENDO om een nacalculatie van de x-factor voor de derde periode niet. Ten eerste ontbreekt het de Raad aan een wettelijke basis voor een dergelijke nacalculatie. Bij het vaststellen van de methode voor de derde periode heeft de Raad zo goed als mogelijk een inschatting gemaakt van de efficiënte kosten van netbeheerders op basis van de informatie en inzichten waar hij toen over beschikte. In het algemeen kan er bij deze werkwijze altijd sprake zijn van voortschrijdend inzicht, op basis waarvan de Raad in een volgend besluit voor een gelijke situatie een andere keuze maakt. Wanneer de Raad reeds op voorhand vermoedt dat herziening van de berekening gewenst zal zijn, kan hij in het methodebesluit het voornemen uiten om bepaalde effecten te gaan nacalculeren. Dat heeft de Raad voor het effect van de regulering van EHD netten echter niet gedaan. Zoals hiervoor al genoemd moet de Raad nu constateren dat de methodiek voor de derde periode op één punt nadelig heeft uitgepakt voor netbeheerders zonder EHD netten. De Raad ziet dit effect als een materialisatie van het ondernemersrisico waar netbeheerders via het redelijk rendement voor vergoed worden.”*

33. De Raad wijst erop dat het bedrag dat Rendo nagecalculeerd wil zien, betrekking heeft op de wijze van reguleren van de EHD netten die voor Rendo op één punt nadelig is

---

<sup>15</sup> In de brief van de NMa van 2 februari 2011 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.

uitgevallen. Artikel 81c, tweede lid, aanhef en onder c. van de Gaswet biedt slechts een grondslag voor een correctie op de tarieven indien deze zijn vastgesteld met gebruikmaking van geschatte gegevens en de feitelijke gegevens daarvan afwijken. In dit geval is echter geen sprake van een nadeel als gevolg van een discrepantie tussen de schatting en de feitelijke gegevens, maar een onderdeel van de regulering dat nadelig voor Rendo is uitgekapt. Artikel 81c, tweede lid, aanhef en onder c. van de Gaswet biedt daarom geen grondslag voor de door Rendo beoogde nacalculatie.

34. Evenmin is sprake van onjuiste of onvolledige gegevens nu het, zoals gezegd, gaat om een onderdeel van de regulering dat nadelig voor Rendo is uitgekapt. Ook artikel 81c, tweede lid, aanhef en onder b. van de Gaswet kan derhalve geen toepassing vinden.

*Wijziging wegingsfactor niet onrechtmatig*

35. Ten aanzien van het betoog van Rendo dat wijziging van de wegingsfactor in Methodebesluit RN4G ten opzichte van de derde reguleringsperiode betekent dat de Raad alsnog van oordeel is dat de eerdere wegingsfactor onrechtmatig is, overweegt de Raad het volgende.
36. Bij het vaststellen van een methodebesluit tot vaststelling van de doelmatigheidskorting heeft de Raad de nodige beoordelingsruimte, waarbij in beginsel verschillende rechtmatige benaderingen denkbaar zijn.<sup>16</sup> De Raad maakt daarbij zo goed als mogelijk een inschatting van de efficiënte kosten op basis van de informatie waarover hij op het moment van het tot stand brengen van het methodebesluit beschikte. De hiervoor genoemde beoordelingsruimte brengt met zich dat in een volgend methodebesluit op basis van voortschrijdend inzicht een andere keuze kan worden gemaakt. Daarmee is echter de eerder gemaakte keuze nog niet onrechtmatig.
37. Zo is in de derde reguleringsperiode voor de regionale netbeheerders elektriciteit uitgegaan van het bestaan van een gelijk speelveld, terwijl in het methodebesluit voor de daarop volgende vierde reguleringsperiode elektriciteit op basis van nieuwe inzichten er vanuit werd gegaan dat nog geen gelijk speelveld bestond. Het CBb heeft daarin echter geen aanleiding gezien om de voor de derde reguleringsperiode gemaakte keuze onrechtmatig te achten.<sup>17</sup>
38. Voorts is er geen rechtsregel op basis waarvan de Raad gehouden zou zijn om steeds na beëindiging van een reguleringsperiode eventuele nadelige effecten van de regulering

---

<sup>16</sup> CBb 13 juni 2008, LJN: BD5228, r.o. 6.1.1; CBb 3 november 2009, LJN: BK1790, r.o. 13.2 en CBb 29 juni 2010, LJN: BM9474, r.o. 12.2.

<sup>17</sup> CBb 13 juni 2008, LJN: BD5228, r.o. 6.1.2 – 6.1.5.

voor één of meerdere netbeheerders in een volgende reguleringsperiode te compenseren. De Raad heeft dan ook in redelijkheid kunnen besluiten dit nadelig effect voor rekening van de netbeheerders zonder EHD netten, in casu Rendo, te laten.

39. De Raad ziet niet in waarom het voorgaande vergelijkbaar is het terugdraaien van de correctie voor nacalculatie eerste helft 2008. In dat geval betreft het immers geen voortschrijdend inzicht om de regulering op een andere wijze in te richten, maar een geconstateerde dubbeltelling in de berekening.

*Conclusie*

40. Het bezwaar van Rendo is derhalve ongegrond.

*Boordeling van de bezwaargronden van FME*

*Bezwaar tegen de methode van vaststellen van het bestreden besluit*

41. 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 in haar bezwaar kort samengevat dat zij zich niet kan verenigen met de wijze waarop de Raad invulling en toepassing geeft aan investeringen van netbeheerders, het systeem van maatstafconcurrentie, het vaststellen van (toekomstige) investeringen, *forward looking data*, innovatieve projecten, stijging van het redelijk rendement, het dividendbeleid van netbeheerders en de ineffectiviteit en inefficiëntie bij de netbeheerders.
42. Zoals reeds door de Raad overwogen in de Bob x-factorbesluit Rendo, richten deze bezwaren van FME zich feitelijk tot het Methodebesluit RN4G. Deze bezwaren kunnen niet alsnog in het kader van deze procedure ter discussie worden gesteld en dienen – mede gelet op hetgeen hierboven onder randnummer 24 tot en met 30 is overwogen – ongegrond te worden verklaard. De Raad verwijst derhalve naar randnummer 50 tot en met 59 van de Bob x-factorbesluit Rendo.
43. 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, of in afwijking van de vastgestelde x-factor voor Rendo doen besluiten. FME heeft geen gronden aangevoerd waaruit volgt dat de Raad de methode of de x-factor onverbindend moet achten.

*Strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur (motiveringsplicht)*

44. 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. Daarmee zijn de besluiten in strijd met artikel 3:46 AWB genomen."*

45. 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: *"Weliswaar 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."*
46. 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.
47. 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 24 tot en met 30, 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.<sup>18</sup> De Raad legt in het methodebesluit onder meer uit, zowel woordelijk als met behulp van formules, hoe de Raad de doelstelling van de wetgever ten aanzien van tariefregulering realiseert.<sup>19</sup>
48. Ook licht de Raad in het methodebesluit toe op welke wijze de Raad de x-factoren en de tarieven vaststelt.<sup>20</sup> 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-factor en vervolgens de tarieven, vloeit immers voort uit het methodebesluit.
49. 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

---

<sup>18</sup> Zie hoofdstuk 7 van het Methodebesluit RN4G.

<sup>19</sup> Zie bijlage 1 van het Methodebesluit RN4G.

<sup>20</sup> Zie hoofdstuk 4.2 van het Methodebesluit RN4G.

inricht. Zo overwoog het CBb in het kader van het Methodebesluit voor de derde reguleringsperiode (2008-2010) inzake regionale netbeheerders gas onder meer:

*“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.”<sup>21</sup>*

50. Tevens heeft de Raad in bijlage 2 bij de tariefbesluiten stapsgewijs inzichtelijk gemaakt hoe hij de totale inkomsten 2011 inclusief correcties per netbeheerder heeft berekend.<sup>22</sup>
51. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is er naar het oordeel van de Raad geen sprake van een motiveringsgebrek in het bestreden besluit.
52. FME voert in haar bezwaar verder nog aan dat het haar onduidelijk is waarom de x-factoren per netbeheerder zijn vastgesteld. Deze bezwaargrond van FME richt zich feitelijk tot de vaststelling van het x-factorbesluit voor Rendo. Dit bezwaar kan niet alsnog in het kader van deze procedure ter discussie worden gesteld en dient – mede gelet op hetgeen hierboven onder randnummer 24 tot en met 30 is overwogen, ongegrond te worden verklaard.
53. 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.
54. De Raad is van oordeel dat de vaststelling van het bestreden besluit duidelijk en begrijpelijk is en dat er geen sprake is van strijd met de motiveringsplicht van de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb. Dit bezwaar van FME wordt dan ook ongegrond verklaard.

---

<sup>21</sup> CBb 3 november 2009, LJN: BK1790, r.o. 13.2.

<sup>22</sup> Zie randnummers 1 t/m 12 van het bestreden besluit.

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

55. Tot slot stelt FME – kort samengevat – zich in bezwaar op het standpunt dat het niet zou zijn toegestaan negatieve x-factoren vast te stellen.
  
56. Deze bezwaargrond van FME richt zich feitelijk tot de vaststelling van het x-factorbesluit voor Rendo. Ook dit bezwaar kan daarom niet alsnog in het kader van deze procedure ter discussie worden gesteld en dient – mede gelet op hetgeen hierboven onder randnummer 24 tot en met 30 is overwogen, ongegrond te worden verklaard. Voor de beoordeling van dit onderdeel verwijst de Raad naar randnummer 71 tot en met 74 van de Bob x-factorbesluit Rendo.

*Conclusie*

57. Het vorenstaande leidt ertoe dat de bezwaren van FME tegen het bestreden besluit ongegrond worden verklaard.

## **VI. Vergoeding van kosten bezwaarfase**

58. De Raad heeft de bezwaren van Rendo en van FME ongegrond verklaard. Als gevolg daarvan worden de verzoeken van Rendo en van FME om een vergoeding van de proceskosten ex artikel 7:15, tweede lid, Awb, afgewezen.

## VII. Besluit

59. 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 N.V. Rendo ongegrond;
- III. verklaart de bezwaren van de vereniging FME/CWM ongegrond;
- IV. wijst de verzoeken van N.V. Rendo en 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 Fonteijn  
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.*