

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 103615_4/64; 103615_10/35

Betreft zaak: Bezwaren van Stedin en vereniging FME/CWM tegen het x-factorbesluit RN4G voor Stedin Netbeheer B.V.

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit houdende de beslissing op de bezwaren van Stedin Netbeheer 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 Stedin Netbeheer B.V.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 14 september 2010, met kenmerk 103224_1/14 (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 Stedin Netbeheer B.V. (hierna: 'Stedin').
2. Bij brief van 22 oktober 2010 heeft de vereniging FME/CWM (hierna: 'FME') 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 gebruiker van gas in haar kantoorpand heeft, alsmede als gemachtigde 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.
3. Daarnaast heeft Stedin bij brief van 25 oktober 2010 bezwaar gemaakt tegen het x-factorbesluit. Bij brief van 16 februari 2011 heeft Stedin 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_11/9, is het x-factorbesluit gewijzigd. Gelet op het bepaalde in artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb'), worden de ingediende bezwaren geacht mede te zijn gericht tegen dit wijzigingsbesluit. Het besluit van 14 september 2010 en het wijzigingsbesluit van 31 maart 2011 worden 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. Op 16 mei 2011 heeft een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij Stedin en FME in de gelegenheid zijn gesteld hun bezwaren ten aanzien van het bestreden besluit nader toe te lichten. Stedin is hierbij verschenen, FME heeft bij brief van 26 april 2011 medegedeeld af te zien van deelname aan de hoorzitting.
8. De Raad heeft op 19 mei 2011 per brief Stedin verzocht nadere stukken in te dienen. Stedin heeft de Raad op 21 juni 2011 nadere stukken toegezonden.
9. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 24 juni 2011 aan Stedin is toegezonden.²

¹ LJN: BP0458.

² Kenmerk 103615_10.

II. Wettelijk kader

10. 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.”

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.”

Wet onafhankelijk netbeheer:

Artikel V, eerste lid:

“In de artikelen [...] wordt onder overeenkomst verstaan een overeenkomst van huur en verhuur of een soortgelijke overeenkomst met betrekking tot een net waarbij partij is

een naar buitenlands recht opgerichte entiteit, of diens rechtsopvolger, en die is gesloten voor 14 juli 2004. Onder rechtsopvolger als bedoeld in de vorige volzin wordt niet begrepen een vennootschap of rechtspersoon naar Nederlands recht die bij het aangaan van de overeenkomst partij was, of een groepsmaatschappij van deze rechtspersoon of vennootschap.”

Artikel IXa, eerste en tweede lid:

“1. Kosten, veroorzaakt door handelingen die na 20 maart 2006 zijn verricht, en die voortvloeien uit de gevolgen van een overeenkomst als bedoeld in artikel V, eerste lid, met betrekking tot een net als bedoeld in het derde lid van dat artikel of een ander bedrijfsmiddel, worden niet doorberekend in de tarieven die netbeheerders, producenten, handelaren en leveranciers van elektriciteit, gas of warmte hun afnemers in rekening brengen.

2. De kosten ter uitvoering van een splitsingsplan als bedoeld in artikel IXb, tweede lid, worden niet doorberekend in de tarieven die netbeheerders, producenten, handelaren en leveranciers van elektriciteit, gas of warmte die op enigerlei wijze zijn betrokken bij de uitvoering van dat plan, aan hun afnemers in rekening brengen.”

Artikel IXb, vijfde lid:

“Onze Minister van Economische Zaken kan naar aanleiding van het splitsingsplan binnen zes weken na ontvangst ervan aanwijzingen geven die het bestuur, bedoeld in het eerste lid, in acht dient te nemen, zonodig in afwijking van het splitsingsplan.”

III. Gronden van bezwaar

Bezwaargronden Stedin

11. Stedin stelt zich op het standpunt dat de Raad de kosten in verband met cross-border lease-overeenkomsten (hierna: CBL-overeenkomsten) ten onrechte niet heeft meegenomen bij de vaststelling van het bestreden besluit.
12. Indien de Raad van mening is dat de betreffende kosten buiten beschouwing moeten blijven op grond van artikel IXa, eerste lid, van de Won is dat onjuist, aldus Stedin. Dit artikel ziet volgens Stedin uitsluitend op kosten die verband houden met de in de Won voorgeschreven splitsing van energiebedrijven. Stedin verwijst daartoe naar de nota van wijziging³ bij het betreffende wetsvoorstel.

³ Kamerstukken II 2005/06, 30 212, nr. 18.

13. Stedin stelt dat de door haar opgevoerde CBL-kosten op geen enkele wijze verband houden met de splitsing en ook zonder de splitsing gemaakt zouden zijn. Om die reden mogen deze kosten wel in de tarieven worden verwerkt. Stedin heeft in haar toelichting bij de productiviteitsdata 2008 ook uitdrukkelijk gewezen op dit onderscheid.
14. Verder heeft de Raad volgens Stedin wel op de door Stedin geschetste wijze toepassing gegeven aan de wettelijke voorschriften bij zijn beoordeling van de door N.V. Rendo (hierna: Rendo) opgevoerde CBL-kosten. Rendo heeft er in haar toelichting op de productiviteitsdata 2008 namelijk ook op gewezen dat enkel CBL-kosten die niet zijn gerelateerd aan de splitsing zijn opgenomen. De Raad heeft vervolgens de door Rendo opgevoerde CBL-kosten meegenomen bij de berekening van de x-factor, terwijl de Raad dit in het overeenkomstige geval van Stedin na heeft gelaten.

Verzoek vergoeding kosten bezwaarfase

15. Tot slot verzoekt Stedin 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

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 Awb en 3:47 Awb, niet voorziet in 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 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 van 26 augustus 2010 voor de vierde reguleringsperiode regionale netbeheerders gas (1 januari 2011 tot en met 31 december 2013), hierna: het 'Methodebesluit RN4G'⁵, 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

20. Alvorens de Raad toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de gronden van bezwaar van FME dient hij vast te stellen of 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 Fabrik 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

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

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

van een persoonlijk, kenmerkend belang bij het bestreden besluit waartegen bezwaar is gemaakt.⁶ 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.⁷ De Raad ziet geen aanleiding om van het oordeel van de voorzieningenrechter af te wijken.
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.⁸ 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.

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

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

⁸ Zie CBb 13 december 2007, LJN: BC0051.

V. Overwegingen ten aanzien van de bezwaargronden

Algemeen

26. Stedin en FME hebben bezwaar gemaakt tegen tariefbesluiten en x-factorbesluiten⁹ 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.
27. De systematiek van de tariefregulering voor gasnetten is vastgelegd in een 'methodebesluit'.¹⁰ De methode die is toegepast bij de vaststelling van de 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.¹²
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 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

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹² 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.

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,¹³ 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 de verbindendheid 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.^{14 15}

Beoordeling van de bezwaargronden van Stedin

Het doorberekeningsverbod

33. Volgens Stedin geldt voor CBL-kosten dat deze op grond van de Won niet mogen worden doorberekend in de tarieven indien en voor zover deze als splitsingskosten moeten worden aangemerkt. De CBL-kosten die Stedin niet heeft gemaakt in het

¹³ Zie kenmerken CBb: AWB 10/1049, AWB 10/1052, AWB 10/1054, AWB 10/1064, AWB 10/1068.

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

¹⁵ 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.

kader van de splitsing zouden naar het oordeel van Stedin wel mogen worden doorberekend in de tarieven.

34. De Raad wijst in dit verband op de "Aanwijzing naar aanleiding van het splitsingsplan van Eneco Holding N.V." (hierna: Eneco) van de Minister van Economische Zaken (hierna: 'de Minister') van 16 december 2009.¹⁶
35. Stedin stelt het kostendoorberekeningsverbod waarover de Minister in diens Aanwijzing naar aanleiding van het splitsingsplan van Eneco Holding N.V. in het kader van de splitsing reeds heeft geoordeeld, kennelijk opnieuw aan de orde in de onderhavige bezwaarprocedure ter zake van de vaststelling van de x-factor.
36. In de Aanwijzing van de Minister staat uitdrukkelijk vermeld dat artikel IXa, eerste lid, van de Won, het doorberekenen van kosten die voortvloeien uit CBL-overeenkomsten verbiedt. Het kostendoorberekeningsverbod geldt onbeperkt. Stedin is een dochtermaatschappij van Eneco Holding N.V.; de Eneco-groep is vooralsnog ongesplitst. De Aanwijzing naar aanleiding van het splitsingsplan van Eneco Holding N.V. heeft derhalve mede betrekking op Stedin.
37. Blijkens de Aanwijzing naar aanleiding van het splitsingsplan van Eneco Holding N.V. verkeerde Eneco in de veronderstelling dat CBL-kosten die na 20 maart 2006 zijn ontstaan, maar die niet zijn gerelateerd aan de splitsing, wel in de tarieven mogen worden doorberekend. In de Aanwijzing geeft de Minister aan dat deze veronderstelling van Eneco onjuist is. Alle CBL-kosten die zijn veroorzaakt door handelingen die na de genoemde datum zijn verricht, vallen onder het doorberekeningsverbod.
38. De Raad concludeert dat Stedins interpretatie van de Won onjuist is. Uit artikel IXa, eerste lid van de Won volgt dat kosten veroorzaakt door handelingen die na 20 maart 2006 zijn verricht en voortvloeien uit de gevolgen van CBL-overeenkomsten, niet mogen worden doorberekend in de tarieven die netbeheerders aan hun afnemers in rekening brengen. In dit artikellid is niet opgenomen dat deze kosten een gevolg moeten zijn van de splitsing.
39. Het is derhalve niet relevant of CBL-kosten gerelateerd zijn aan de splitsing. Zowel ten aanzien van CBL-kosten (ingevolge het eerste lid van artikel IXa van de Won),

¹⁶ Besluit van de Minister van Economische Zaken van 16 december 2009 (niet gepubliceerd). Van het nemen van dit besluit is de Tweede Kamer in kennis gesteld bij brief van de Minister van Economische Zaken van 16 december 2009, Kamerstukken II 2009/10, 28 982, nr. 89.

als ten aanzien van 'splitsingskosten' ("*kosten ter uitvoering van een splitsingsplan*") ingevolge het tweede lid van dat artikel) is een afzonderlijk verbod van doorberekening in de tarieven van toepassing. Stedin lijkt deze bepalingen ten onrechte in samenhang te lezen.

40. Naar het oordeel van de Raad moet de door Stedin in haar bezwaarschrift aangehaalde nota van wijziging¹⁷ in het licht van bovengenoemde uitleg van de Minister in de Aanwijzing worden gelezen. De nota van wijziging kan niet los van de Aanwijzing van de Minister worden gezien en kan derhalve niet tot een andere conclusie leiden dan daarin is verwoord.

Aanvullende informatie van Stedin

41. Gelet op het vorenstaande concludeert de Raad dat enkel kosten die direct voortvloeien uit de CBL-overeenkomsten zoals die voorafgaand aan 14 juli 2004¹⁸ zijn afgesloten of kosten veroorzaakt door handelingen die vóór 20 maart 2006 zijn verricht en die voortvloeien uit de gevolgen van CBL-overeenkomsten, niet onder het kostendoorberekeningsverbod vallen. Alleen die CBL-kosten mogen worden doorberekend in de tarieven die netbeheerders aan hun afnemers in rekening brengen. De Raad zal in het navolgende beoordelen of de CBL-kosten van Stedin hiervoor in aanmerking komen.
42. Uit de aanvullende informatie die naar aanleiding van het informatieverzoek van de Raad van 19 mei 2011¹⁹ door Stedin is toegezonden, blijkt naar het oordeel van de Raad onmiskenbaar dat het in de onderhavige zaak gaat om CBL-kosten die voortvloeien uit handelingen die ná 20 maart 2006 zijn verricht.
43. Stedin geeft aan alle CBL-kosten te hebben geanalyseerd die in 2008 en 2009 zijn gemaakt. Stedin zegt dat de grootste kostenpost in 2008 - kort gezegd - verband houdt met de kredietcrisis. Het gaat daarbij om transacties die zijn geboekt in de maand november 2008. Het besluitvormingsproces zal kort daarvoor hebben plaatsgevonden, maar is niet exact te achterhalen, aldus Stedin.²⁰
44. Ten aanzien van de kosten gemaakt in 2009 geeft Stedin aan dat deze zien op het afkopen van CBL-overeenkomsten op basis van bedrijfseconomische gronden. De besluiten ten aanzien van deze transacties zijn in februari en maart 2009 genomen.

¹⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 212, nr. 18.

¹⁸ Zie voor de definitie van CBL-overeenkomst artikel V, eerste lid, van de Won.

¹⁹ Brief met kenmerk 103614_8/18.

²⁰ Brief met kenmerk 103614_8/21.

45. De Raad stelt vast dat de door Stedin opgevoerde CBL-kosten hun grondslag vinden in handelingen die voortvloeien uit de gevolgen van CBL-overeenkomsten die ná 20 maart 2006 hebben plaatsgevonden. Uit de door Stedin overgelegde informatie blijkt immers dat de besluitvorming op een latere datum heeft plaatsgevonden. Dientengevolge is de Raad van oordeel dat deze kosten niet mogen worden doorberekend in de tarieven die netbeheerders aan hun afnemers in rekening brengen. Daarmee heeft de Raad de door Stedin opgevoerde CBL-kosten terecht buiten beschouwing gelaten bij de vaststelling van de x-factor.

46. Het bezwaar van Stedin is op dit punt derhalve ongegrond.

Gelijkheidsbeginsel

47. De Raad merkt het standpunt van Stedin dat ziet op een andere behandeling van CBL-kosten in het x-factorbesluit van Rendo, aan als een beroep op het gelijkheidsbeginsel.

48. Voor zover er ten aanzien van Rendo al sprake is van kosten die hun grondslag vinden in handelingen voortvloeiend uit CBL-overeenkomsten die na 20 maart 2006 hebben plaatsgevonden en die mogelijk ten onrechte zijn verdisconteerd in de tarieven, is de Raad van oordeel dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet gehonoreerd kan worden. Indien hetgeen Stedin stelt met betrekking tot Rendo juist is, dan heeft de Raad in strijd met de Won toegestaan dat CBL-kosten via de tarieven van Rendo bij diens afnemers in rekening zijn gebracht. Wanneer de Raad dit bij Stedin onder toepassing van het gelijkheidsbeginsel ook zou doen, leidt dit tot het creëren van een nieuw geval in strijd met de wet. De Raad zou, indien hij over zou gaan tot gegrondverklaring van dit bezwaar van Stedin, ten aanzien van Stedin in strijd handelen met artikel IXa, eerste lid, van de Won.

49. Toepassing van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat afwijkt van een wettelijke bepaling, wordt in beginsel niet aanvaard. Nu uit het vorenstaande volgt dat het doorberekenningsverbod helder is en de Raad daarnaast uit dient te gaan van de verbindende kracht van deze bepalingen van de Won, ziet de Raad geen zwaarwegende belangen om het gelijkheidsbeginsel *contra legem* toe te passen, nu inwilliging van de wens van Stedin daar toe zou leiden. Aan een inhoudelijke behandeling van de bezwaargrond komt de Raad derhalve niet toe.

50. Het bezwaar van Stedin is derhalve ook op dit punt ongegrond.

Beoordeling van de bezwaargronden van FME

Bezwaar tegen de methode van vaststellen van het bestreden besluit

51. 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).
52. De Raad heeft in het Methodebesluit RN4G bepaald dat een aanpassing van de methode van regulering voor een additionele vergoeding voor innovatieve projecten vooralsnog prematuur is.²¹ 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.
53. 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 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 (kwantitatieve) 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*

²¹ Randnummer 70 van het Methodebesluit RN4G.

(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).

54. Ook geeft FME aan dat haar leden 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”*.
55. 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.
56. 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 RN4G onrechtmatig is en buiten toepassing moet worden gelaten.
57. 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.

58. 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.
59. 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.
60. 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)*
61. Volgens FME is het bestreden besluit niet voldoende gemotiveerd. Zij stelt daartoe het volgende. *"Aan het bestreden besluit 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."*
62. 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."*
63. 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.

64. 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.²² 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.²³
65. Ook licht de Raad in het methodebesluit toe op welke wijze de Raad de x-factor- en tariefbesluiten vaststelt.²⁴ 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.
66. 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:

“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.”²⁵

²² Zie hoofdstuk 7 van het Methodebesluit RN4G.

²³ Zie bijlage 1 van het Methodebesluit RN4G.

²⁴ Zie hoofdstuk 4.2 van het Methodebesluit RN4G.

²⁵ CBb 3 november 2009, LJN: BK1790, r.o. 13.2.

67. Tevens heeft de Raad bij de vaststelling van het bestreden besluit de berekeningswijze van de x-factoren openbaar gemaakt. In bijlage 2 bij het x-factorbesluit 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).
68. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is er naar het oordeel van de Raad geen sprake van een motiveringsgebrek in het bestreden besluit.
69. 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.
70. 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.
71. 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. Deze bezwaren van FME worden dan ook ongegrond verklaard.

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

72. 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”*.
73. Dienaangaande overweegt de Raad dat naar zijn oordeel het vaststellen van een negatieve x-factor rechtmatig is. Uit het wettelijke 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.²⁶ 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.

74. Ook heeft de Minister 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.²⁷
75. 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 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

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

VI. Vergoeding van kosten bezwaarfase

²⁶ 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.

²⁷ 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.

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

VII. Besluit

78. 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 Stedin Netbeheer B.V. ongegrond;
 - III. verklaart de bezwaren van de vereniging FME/CWM ongegrond;
 - IV. wijst de verzoeken van Stedin Netbeheer B.V. en 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

Openbaar

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.