

BESLUIT

Nummer 102379_5/47

Betreft zaak: Beslissing op bezwaar naar aanleiding van de uitspraak van het CBb d.d. 10 november 2010

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren van VEMW tegen het besluit van 27 juni 2006, met kenmerk 101929/49, tot vaststelling van de Begrippenlijst Gas, de Transportvoorwaarden Gas-LNB, de Wettelijke taken LNB van algemeen belang, de Allocatievoorwaarden Gas en de Samenwerkingsregeling netbeheerders gas (voorwaarden als bedoeld in artikel 12b van de Gaswet).

I. Verloop van de procedure

1. Op 14 januari 2005 hebben de gezamenlijke netbeheerders (hierna: "de gnb") bij de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Energie¹ voorstellen ingediend voor de technische voorwaarden als bedoeld in artikel 12b van de Gaswet.
2. Bij brief van 5 oktober 2005 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna "de Raad") de gnb verzocht de voorstellen op enkele onderdelen te wijzigen dan wel nader toe te lichten.
3. Bij brief van 3 november 2005 hebben de gnb een gewijzigd voorstel ingediend en de gevraagde nadere toelichting gegeven.
4. Bij besluit van 27 juni 2006 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad de Begrippenlijst Gas, de Transportvoorwaarden Gas-LNB, de Wettelijke taken LNB van algemeen belang, de Allocatievoorwaarden Gas en de Samenwerkingsregeling Netbeheerders Gas vastgesteld.
5. Tegen dit besluit heeft, onder andere, de Vereniging Energie, Milieu en Water (hierna: VEMW) op 9 augustus 2006 bezwaar gemaakt.

¹ Op 1 juli 2005 is de Wet tot omvorming van het bestuursorgaan van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Stb. 2005, 172) in werking getreden, waarbij de bevoegdheden van de directeur DTe zijn overgegaan naar de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

6. Op 31 oktober 2006 zijn alle bezwaarmakers verschenen op een hoorzitting ten kantore van de NMa. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 26 maart 2007 aan partijen is verzonden.
7. De Raad heeft bij besluit van 29 oktober 2007 beslist op de bezwaren van onder andere VEMW. Tegen dit besluit is beroep ingesteld door Gas Transport Services N.V. (hierna: "GTS") en VEMW.
8. Bij uitspraak van 10 november 2010 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: "het CBb") de beroepen van GTS en VEMW gegrond verklaard en het besluit op bezwaar deels vernietigd.² De Raad beslist in dit besluit opnieuw op de bezwaren van VEMW voor zover de Raad dat door het CBb is opgedragen.

II. Juridisch kader

9. Voor het juridisch kader wordt verwezen naar het juridisch kader in randnummers 11 t/m 23 van het bestreden besluit.

III. Uitspraak van het CBb

10. In de uitspraak van 10 november 2010 draagt het CBb de Raad op om opnieuw te beslissen op de bezwaren van VEMW tegen artikel 4.3.2 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB en de artikelen 2.3.5 en B3.2.2 van de Allocatievoorwaarden Gas. Deze bezwaren waren in eerste instantie door de Raad niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van belanghebbendheid. Het CBb overweegt dat representatieve organisaties nadrukkelijk en zonder voorbehoud zijn aangemerkt als categoriaal belanghebbende bij besluiten op grond van de Gaswet en dus ook in het onderhavige geval belanghebbende zijn, ongeacht de inhoud van de codes.
11. Daarnaast heeft het CBb, naar aanleiding van een door VEMW aangevoerde beroepsgrond, geoordeeld dat de Raad de in artikel 12f van de Gaswet vervatte bevoegdheid niet juist heeft uitgeoefend. De Raad heeft met het geven van een wijzigingsverzoek in plaats van een wijzigingsopdracht ten onrechte een situatie laten ontstaan waarbij de vaststelling van de door de Raad noodzakelijk geachte voorwaarde afhankelijk is geworden van de wil van de gnb. De Raad wordt daarom opgedragen de gnb de opdracht te geven een voorstel in te

² AWB 07/965 en 07/966.

dienen ter vaststelling van voorwaarden met betrekking tot het ter beschikking stellen van ongebruikte capaciteit aan de markt.

IV. Beoordeling

IV.1 Algemeen

12. Met inachtneming van voornoemde uitspraak van het CBb beoordeelt de Raad hieronder de eerder niet-ontvankelijk verklaarde bezwaren van VEMW per bezwaargrond (paragraaf IV.2 tot en met IV.4 van dit besluit). Vervolgens beoordeelt de Raad in paragraaf IV.5 van dit besluit het bezwaar van VEMW ten aanzien van het bepaalde in artikel 2.4.1 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB. Voorafgaande aan elke beoordeling volgt een zakelijke weergave van de specifieke bezwaargrond van VEMW.

IV.2 Allocatierollen (artikel 4.3.2 Transportvoorwaarden Gas-LNB)

13. VEMW stelt dat het onduidelijk is wat onder een 'allocatierol' moet worden verstaan. Voorts vindt VEMW onduidelijk op basis van welke uitgangspunten een persoon voor toedeling van een bepaalde allocatierol in aanmerking komt. De Transportvoorwaarden Gas-LNB moeten ten aanzien van dit onderdeel verduidelijkt worden. De huidige regeling is in strijd met artikel 12f, eerste lid, onderdeel e, van de Gaswet, aldus VEMW.

Beoordeling door de Raad

14. In het besluit van de Raad van 15 maart 2011³ zijn de Transportvoorwaarden Gas-LNB gewijzigd vastgesteld. Bij die wijziging zijn de nieuwe allocatierollen duidelijk beschreven en is aangegeven op basis van welke uitgangspunten een persoon voor toedeling van een bepaalde allocatierol in aanmerking komt. VEMW heeft op dit punt tegen het bedoelde besluit geen bezwaar gemaakt. De Raad leidt daaruit af dat in het besluit van 15 maart 2011 in zoverre is tegemoetgekomen aan de bezwaren van VEMW.
15. Na heroverweging oordeelt de Raad dat de allocatierollen in het bestreden besluit onvoldoende duidelijk waren geformuleerd en is bovendien in het besluit van 15 maart 2011 gekozen voor andere uitgangspunten op basis waarvan een persoon voor toedeling van een bepaalde allocatierol in aanmerking komt. Het bezwaar van VEMW is derhalve op dit punt gegrond.

³ Besluit van de Raad d.d. 15 maart 2011, met kenmerk 102669_3/9.

16. Nu het door VEMW bestreden artikel 4.3.2 van de Transportvoorwaarden ten gevolge van het besluit van 15 maart 2011 reeds is vervangen, ziet de Raad geen aanleiding om de gnb met betrekking tot dit onderwerp op te dragen een nieuw voorstel in te dienen.

IV.3 Allocatievoorwaarden (artikel 2.3.5 van de Allocatievoorwaarden Gas)

17. VEMW stelt dat artikel 2.3.5 van de Allocatievoorwaarden Gas geen eenduidige regeling bevat voor situaties waarbij een netbeheerder niet in staat is allocatiegegevens aan te leveren binnen de in artikel 2.3.1 dan wel de in artikel 2.3.4 van de Allocatievoorwaarden Gas bedoelde termijn van 16 werkdagen.

Beoordeling door de Raad

18. In het besluit van de Raad van 19 december 2006⁴ zijn de Allocatievoorwaarden Gas, waaronder ook artikel 2.3.5, waartegen VEMW bezwaar maakt, opnieuw vastgesteld. VEMW heeft tegen dit besluit geen bezwaar gemaakt en de bepaling is inmiddels rechtens onaantastbaar geworden. Daardoor kan VEMW in de onderhavige procedure niet meer bereiken wat zij beoogt en heeft derhalve geen belang meer bij een inhoudelijke behandeling van deze bezwaargrond. De Raad verklaart het bezwaar op dit punt daarom niet-ontvankelijk.

IV.4 Restenergie (artikel B3.2.2 van de Allocatievoorwaarden Gas)

19. VEMW stelt dat de verplichting van de netbeheerder om restenergie te voorkomen, zoals neergelegd in artikel B3.2.2, laatste volzin, van de Allocatievoorwaarden Gas te algemeen is geformuleerd. Deze bepaling dient volgens VEMW als volgt te luiden: *“de regionale netbeheerder neemt alle maatregelen die redelijkerwijs mogelijk zijn restenergie zo veel mogelijk te beperken.”*

Beoordeling door de Raad

20. In voornoemd besluit van de Raad van 19 december 2006 is de tekst van artikel B3.2.2. van de Allocatievoorwaarden Gas gewijzigd vastgesteld. De laatste zin, waartegen het bezwaar van VEMW zich richt, is toen vervallen. VEMW heeft tegen dit besluit geen bezwaar gemaakt, zodat de bepaling inmiddels rechtens onaantastbaar is geworden. Daardoor kan VEMW in de onderhavige procedure niet meer bereiken wat zij beoogt en heeft derhalve geen belang meer bij een inhoudelijke behandeling van deze bezwaargrond. De Raad verklaart het bezwaar op dit punt daarom niet-ontvankelijk.

⁴ Besluit van 19 december 2006, wijziging m.b.t. dagelijkse allocatie, kenmerk 102411/8.

IV.5 *Uioli (artikel 2.4.1 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB)*

21. Het CBb heeft in haar uitspraak geoordeeld dat de Raad de codewijzigingsprocedure van artikel 12f, derde lid, van de Gaswet in bezwaar op een onjuiste wijze heeft toegepast. De Raad is, net als ten tijde van het nemen van het (vernietigde) besluit op bezwaar van 29 oktober 2007, van oordeel dat de bepalingen inzake *Use it or lose it* (hierna: “Uioli”) moeten worden gewijzigd ten opzichte van de bepalingen die zijn opgenomen in het bestreden besluit. De bezwaren van VEMW op dit punt worden derhalve gegrond verklaard en artikel 2.4.1 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB wordt herroepen.
22. De Raad heeft, overeenkomstig de opdracht van het CBb, de gnb per brief van 25 november 2010⁵ (tijdig) opgedragen een (nieuw) voorstel in te dienen tot vaststelling van de voorwaarden met betrekking tot het ter beschikking stellen van ongebruikte capaciteit aan de markt, ook wel Uioli genoemd. De gnb hebben bij brief van 22 december 2010 aan de Raad laten weten de uitkomst van de procedure die leidt tot vaststelling van de richtsnoeren betreffende de procedure voor congestiebeheer bij transmissiesysteem beheerders conform hoofdstuk 2 van de bijlage bij de Gasverordening (715/2009), te willen afwachten. Pas nadat de resultaten van die procedure bekend zijn, zal door de gnb een gewijzigd voorstel worden ingediend.⁶ Gezien de complexiteit van het onderwerp kan de Raad bezwaarlijk zonder inbreng van de gnb de voorwaarden zelf gewijzigd vaststellen.
23. In de uitspraak van het CBb van 2 december 2011⁷ is bepaald dat de Raad in die gevallen waarin de Raad het wel noodzakelijk acht dat er nieuwe voorwaarden worden vastgesteld, maar het niet mogelijk is direct een vervangend besluit te nemen, zijn inspanningen dient te richten op het op zo kort mogelijke termijn en op effectieve wijze (alsnog) voorzien in dat vervangend besluit.
24. Na heroverweging is gebleken dat in het onderhavige geval sprake is van een aantal gewijzigde omstandigheden⁸ die de Raad in dat vervangende besluit moet meewegen. Er kan daardoor op dit moment, mede gezien de verwachte doorlooptijd van de onderhavige codewijzigingsprocedure, niet op een effectieve wijze voorzien worden in een vervangend besluit. Hierna wordt dit standpunt gemotiveerd.

⁵ Kenmerk 102846/10.

⁶ In randnummer 25 gaat de Raad nader in op de verwachte inwerkingtredingsdatum van deze richtsnoeren.

⁷ AWB 08/783 t/m 08/785 ‘Gascodes II’.

⁸ Deze omstandigheden zijn gewijzigd na het nemen van het vernietigde besluit op bezwaar d.d. 29 oktober 2007.

25. In 2013 wordt de uitkomst verwacht van de comitologieprocedure die zal leiden tot richtsnoeren betreffende de procedure voor congestiebeheer bij transmissiesysteem beheerders conform hoofdstuk 2 van de bijlage (hierna: "richtsnoeren"). De richtsnoeren zullen deels de bestaande bijlage bij de Gasverordening (715/2009) vervangen en directe werking hebben. Vanaf het moment van inwerkingtreding daarvan zullen eventuele nationale gascodes die toezien op dit onderwerp geen toegevoegde waarde meer hebben.
26. Voorts wordt er als gevolg van de implementatie van het zogenoemde derde energiepakket gewerkt aan een Europese Netwerkkode.⁹ Eén van de onderdelen die hierin zal worden opgenomen is het Capaciteit Allocatie Management. Dit is de tweede Europese ontwikkeling die in 2013 eventuele nationale gascodes, wat betreft het onderwerp Uioli, achterhalen.
27. De Raad acht het, gezien het voorgaande, niet effectief om op dit moment een codewijzigingsprocedure te starten nu deze op korte termijn achterhaald zal zijn door voornoemde ontwikkelingen op Europees niveau. De vele inspanningen van partijen zouden immers bij voorbaat overbodig zijn. Overigens hecht de Raad belang aan een adequate regeling inzake congestiemanagement op Europees niveau. De Raad is daarom actief betrokken bij de totstandkoming van zowel de richtsnoeren als de Europese Netwerkkode.

IV. 6 Conclusie

28. Voor het horen van VEMW ten aanzien van de bezwaren bestaat geen aanleiding nu deze bezwaren onmiskenbaar niet kunnen leiden tot een ander oordeel van de Raad. De Raad acht daarmee deze bezwaren zoals behandeld in paragraaf IV.3 en IV.4 met toepassing van artikel 7:3, onderdeel b, van de Awb kennelijk niet-ontvankelijk. Verder verklaart de Raad de bezwaren van VEMW gegrond voor zover deze gericht zijn tegen de artikelen 4.3.2 en 2.4.1 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB. Artikel 2.4.1 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB wordt voorts herroepen.

⁹ Hieraan wordt op dit moment gewerkt door de European network of transmission System Operators for Gas. Zie ook: http://www.entsog.eu/publications/index_g_cam.html

V. Vergoeding van kosten bezwaarfase

29. In het ingediende bezwaarschrift verzoekt VEMW de Raad de kosten te vergoeden die in verband met de behandeling van het bezwaarschrift door haar zijn gemaakt, op grond van artikel 7:15 van de Awb.
30. Artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, bepaalt dat de kosten van de bezwaarfase op verzoek van de belanghebbende worden vergoed, voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. De heroverweging van de Raad heeft geleid tot een herroeping van artikel 2.4.1 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB. Nu dit geen gevolg is van een aan de Raad te wijten onrechtmatigheid, wijst de Raad het verzoek van VEMW om vergoeding van de proceskosten af.

VI. Besluit

31. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. Verklaart de bezwaren van de Vereniging Energie, Milieu en Water gegrond voor zover deze gericht zijn tegen de artikelen 2.4.1 en 4.3.2 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB;
- II. verklaart de overige bezwaren van de Vereniging Energie, Milieu en Water niet-ontvankelijk;
- III. herroept artikel 2.4.1 van de Transportvoorwaarden Gas-LNB en;
- IV. wijst het verzoek van de Vereniging Energie, Milieu en Water, om vergoeding van kosten in bezwaar, af.

Datum: 6 maart 2012

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

W.g.
Chris Fonteijn
Voorzitter Raad van Bestuur

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