Autoriteit
Consument & Markt

**Openbaar
besluit**

Ons kenmerk: 103982_1/39; 103983_1/39

Onderwerp: Besluit op de bezwaren tegen de besluiten tot vaststelling van de x-factor GTS kwaliteitsconversie en transport en balancering - periode 2006 t/m 2009

Datum: 6 augustus 2013

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de bezwaren van de Vereniging voor Energie, Milieu en Water tegen de besluiten tot vaststelling van de doelmatigheidskorting voor Gasunie Transport Services B.V. (voorheen: Gas Transport Services B.V.) ter uitvoering van de taak transport, de taak balancering en de taak kwaliteitsconversie voor de jaren 2006 tot en met 2009

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 11 oktober 2011, met kenmerk 103795/88, heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad), als rechtsvoorganger van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)[1] ingevolge artikel 82, vierde lid, van de Gaswet de doelmatigheidskorting vastgesteld voor Gasunie Transport Services B.V. (hierna: GTS) voor het uitvoeren van de taak transport zoals genoemd in artikel 10 van de Gaswet alsmede voor de taak balancering zoals genoemd in artikel 10a, eerste lid, aanhef en sub b, van de Gaswet. De doelmatigheidskorting heeft betrekking op de jaren 2006 tot en met 2009.

2. Eveneens bij besluit van 11 oktober 2011, met kenmerk 103795/87, heeft de Raad ingevolge artikel 82, vierde lid, van de Gaswet de doelmatigheidskorting vastgesteld voor GTS voor het omzetten van gas naar een hogere of lagere energie-inhoud, dan wel gas in een door de gebruiker gewenste samenstelling te brengen zoals genoemd in artikel 10a, eerste lid, sub c, van de Gaswet. De doelmatigheidskorting heeft betrekking op de jaren 2006 tot en met 2009.

[1] Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden (Stb. 2013, 102). Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA). Sindsdien oefent ACM de bevoegdheden uit van deze drie rechtsvoorgangers. Deze beslissing wordt dan ook door ACM genomen.

**Openbaar
besluit**

3. Kortheidshalve spreekt ACM hierna van 'de x-factorbesluiten' indien beide besluiten worden bedoeld.

4. Tegen de x-factorbesluiten is een bezwaarschrift ingediend door de Vereniging voor Energie, Milieu en Water (hierna: VEMW). De vereniging EnergieNed (thans de vereniging Energie-Nederland; hierna: Energie-Nederland) en GTS zijn als derde-belanghebbende bij deze bezwaarprocedure betrokken.

5. VEMW, Energie-Nederland en GTS hebben te kennen gegeven geen gebruik te maken van de mogelijkheid om te worden gehoord.

6. De behandeling van de bezwaren tegen de x-factorbesluiten is aangehouden in verband met de behandeling door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) van de beroepen tegen de methodebesluiten,[2] waar de x-factorbesluiten op gebaseerd zijn. Op 8 november 2012 heeft het CBb uitspraak[3] gedaan over de methodebesluiten die betrekking hebben op onder meer de tweede reguleringsperiode (2006 tot en met 2009).

II. Wettelijk kader

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

Gaswet
"Artikel 10:
1. Een netbeheerder, een gasopslagbedrijf of een LNG-bedrijf heeft tot taak zijn gastransportnet, onderscheidenlijk zijn gasopslaginstallatie of zijn LGN-installatie op economische voorwaarden in werking te hebben, te onderhouden en te ontwikkelen op een wijze die de veiligheid, doelmatigheid en betrouwbaarheid van dat granstransportnet of die installatie en van het transort van gas waarborgt en het milieu ontziet."

"Artikel 10a:
1. Onverminderd de artikelen 10, 42 en 54a, en hoofdstuk 2 heeft de netbeheerder van het landelijk gastransportnet tevens tot taak:

---

[2] Besluiten van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 11 oktober 2011 met de kenmerken 103557_1/330, 103557_1/331 en 103577_1/332 (voor de periode 2006-2009).

[3] ECLI:NL:CBB:2012:BY2307 College van Beroep voor het bedrijfsleven, 08-11-2012, AWB 11/1015 ea.

(...)
b. het in evenwicht houden van het door hem beheerde gastransportnet,
c. ten behoeve van gebruikers van het door hem beheerde gastransportnet:
1°. indien noodzakelijk gelet op het verschil tussen de kwaliteit van het op het gastransportnet ingevoede gas en het aan het gastransportnet ontrokken gas, gas met een hogere energie-inhoud naar een lagere energie-inhoud administratief of fysiek om te zetten;
2°. indien noodzakelijk gelet op het verschil tussen de kwaliteit van het op het gastransportnet ingevoede gas en het aan het gastransportnet onttrokken gas, gas met een lagere energie-inhoud naar een hogere energie-inhoud administratief om te zetten, voor zover er gas met een hogere energie-inhoud voor omzetting beschikbaar is;
3°. gas in de gewenste samenstelling te brengen, tenzij deze taken redelijkerwijs niet van de netbeheerder van het landelijk gastransportnet kunnen worden gevergd;"

Artikel 82, tweede lid:
"Voor elke taak van de netbeheerder van het landelijk gastransportnet, bedoeld in het eerste lid, stelt de Autoriteit Consument en Markt de methode van regulering vast, voor een periode van ten minste drie en ten hoogste vijf jaar, na overleg met de gezamenlijke netbeheerders en met representatieve organisaties van partijen op de gasmarkt en met inachtneming van het belang dat de doelmatigheid van de bedrijfsvoering op [lees: en][4] de meest doelmatige kwaliteit van de uitvoering van deze taken worden bevorderd."

Artikel 82, vierde lid:
"De Autoriteit Consument en Markt stelt na overleg met de gezamenlijke netbeheerders en met representatieve organisaties een doelmatigheidskorting vast. Dit besluit geldt voor dezelfde periode als het besluit op grond van het tweede lid. De doelmatigheidskorting heeft tot doel om een doelmatige bedrijfsvoering te bevorderen."

III. Bezwaargronden en beoordeling daarvan door ACM

Onrechtmatig vastgestelde methodebesluiten 2006 tot en met 2009

8. VEMW stelt dat de methodebesluiten voor de jaren 2006 tot en met 2009 bij de bepaling van de beginkomsten ten onrechte voorbij gaan aan een niveau van efficiënte kosten. Dit is volgens VEMW niet in overeenstemming met het niveau van efficiënte kosten zoals

[4] Dit is bevestigd bij uitspraak ECLI:NL:CBB:2006:AZ3365 College van Beroep voor het bedrijfsleven, 30-11-2006, AWB 05/758 en 05/815.

genoemd in artikel 13 van de Gasverordening 715/2009/EG. Door de x-factorbesluiten vast te stellen met inachtneming van de (onrechtmatige) methodebesluiten voor de jaren 2006 tot en met 2009, zijn ook de x-factorbesluiten volgens VEMW onjuist.

9. Voorts voert VEMW aan dat de hoogte van de gestandaardiseerde activawaarde (hierna: GAW) in de methodebesluiten is gebaseerd op een systematiek van historische uitgaven onder aftrek van regulatorische afschrijvingen. De waarde had volgens VEMW moeten worden gebaseerd op een systematiek van boekwaarde, teneinde dubbele betalingen door afnemers en daarmee monopoliewinsten te voorkomen. Uitgaande van een systematiek van boekwaarde dient de GAW lager te worden vastgesteld dan de huidige EUR 4,8 miljard. Als gevolg hiervan is de GAW in de methodebesluiten onjuist vastgesteld, waardoor ook de x-factorbesluiten onjuist zijn vastgesteld.

10. Ten slotte stelt VEMW dat de WACC (weighted average cost of capital) in de methodebesluiten te hoog is vastgesteld. Nu de WACC onjuist is vastgesteld in de methodebesluiten, zijn ook de x-factorbesluiten onjuist vastgesteld.

11. VEMW concludeert dat de x-factorbesluiten op grond van het voorgaande niet in stand kunnen blijven.

12. Dienaangaande overweegt ACM het volgende.

13. Voor een goed begrip van de beoordeling van deze bezwaargrond van VEMW is het van belang de systematiek van tariefregulering op grond van de Gaswet kort toe te lichten.

14. De systematiek van de tariefregulering voor gasnetten is vastgesteld in een 'methodebesluit'. Op grond van artikel 82, tweede lid, van de Gaswet stelt ACM voor elke taak van GTS de methode van regulering vast. Ter bevordering van een doelmatige bedrijfsvoering stelt ACM vervolgens in een besluit op grond van artikel 82, vierde lid, van de Gaswet een doelmatigheidskorting (de x-factor) vast. ACM baseert deze x-factor op de in de methodebesluiten vastgestelde methoden van regulering. De vaststelling van de x-factor vormt dus een toepassing van het methodebesluit in het concrete geval. Het methodebesluit betreft een separaat en zelfstandig appellabel besluit. Tussen een methodebesluit en de x-factor bestaat een zeer nauwe verwevenheid.

15. Wat VEMW in bezwaar aanvoert, richt zich feitelijk tegen de methodebesluiten voor de periode 2006 tot en met 2009. Zowel de begininkomsten, als de GAW en de WACC zijn

namelijk vastgesteld in de methodebesluiten.[5] VEMW heeft geen gronden aangevoerd die uitsluitend betrekking hebben op de x-factorbesluiten, waartegen in deze procedure bezwaar wordt gemaakt.

16. In de eerder genoemde uitspraak van 8 november 2012 heeft het CBb de tegen de methodebesluiten aangevoerde beroepsgronden ongegrond verklaard, zodat uitgegaan moet worden van de rechtmatigheid van de methodebesluiten. De methodebesluiten hebben als gevolg van de uitspraak van het CBb formele rechtskracht gekregen.

Het Kühne & Heitz arrest

17. In haar brief van 30 januari 2013[6] betwist VEMW de juistheid van de uitspraak van het CBb van 8 november 2012 over de methodebesluiten. VEMW verwijst hiertoe naar het arrest inzake Kühne & Heitz van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ).[7]

18. Naar aanleiding van voormelde brief heeft de Raad VEMW bij brief van 26 februari 2013[8] gevraagd om gemotiveerd aan te geven waarom zij de uitspraak van het CBb onjuist acht en welke consequenties zij hieraan verbindt voor de x-factorbesluiten. Daarbij heeft de Raad verzocht de relevantie van het arrest van het HvJ toe te lichten.

19. Bij brief van 12 maart 2013[9] heeft VEMW gereageerd en nogmaals aangegeven dat de methodebesluiten volgens haar onjuist zijn. Zij verwijst in dit verband naar de gronden van beroep die zij tegen de methodebesluiten heeft aangevoerd. VEMW handhaaft haar bezwaren in deze procedure gezien het feit dat het CBb de methodebesluiten in stand heeft gelaten en zij verwijst nogmaals naar het arrest inzake Kühne & Heitz.

20. Dienaangaande overweegt ACM het volgende.

21. VEMW heeft bij voornoemde brieven slechts verwezen naar het arrest inzake Kühne & Heitz. Bij gebreke van een nadere toelichting heeft ACM de verwijzing niet anders kunnen

---

[5] Besluiten van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 11 oktober 2011 met kenmerk 103557_1/330 (zie de randnummers 112 en 147 van het besluit en randnummer 97 van bijlage 2 bij het besluit), 103557_1/331 (zie de randnummers 110 en 145 van het besluit en randnummer 97 van bijlage 2 bij het besluit) en 103557_1/332 (zie de randnummers 110 en 145 van het besluit en randnummer 97 van bijlage 2 bij het besluit).

[6] Met de kenmerken 103982_1/19 en 103983_1/19.

[7] HvJ 13 januari 2004, zaak C-453/00, AB 2004/58, JB 2004/42.

[8] Met de kenmerken 103982_1/25 en 103983_1/25.

[9] Met de kenmerken 103982_1/28 en 103983_1/28.

begrijpen dan dat VEMW zich op het standpunt stelt dat ACM niet uit dient te gaan van de rechtmatigheid van de methodebesluiten.

22. ACM begrijpt VEMW aldus, dat zij verwijst naar het arrest inzake Kühne & Heitz vanwege de daarin beschreven mogelijkheid om een bestuursorgaan te verzoeken een reeds onherroepelijk geworden besluit te herzien, indien nieuwe jurisprudentie van het HvJ het nemen van een nieuw besluit zou rechtvaardigen.

23. ACM constateert dat een dergelijk verzoek niet is ingediend en dat de methodebesluiten niet op grond van een dergelijk verzoek zijn gewijzigd. VEMW heeft bovendien niet aangegeven welke nieuwe jurisprudentie van het HvJ het nemen van nieuwe methodebesluiten zou rechtvaardigen. Van dergelijke jurisprudentie is ACM ook anderszins niet gebleken.

24. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat ACM uit dient te gaan van de rechtmatigheid van de methodebesluiten. De verwijzing naar het arrest inzake Kühne & Heitz maakt dit niet anders, met name omdat de methodebesluiten niet daadwerkelijk op grond van een verzoek zijn herzien. De stelling van VEMW kan daarom geen gevolg hebben voor de x-factorbesluiten. Het bezwaar is op dit punt ongegrond.

Geen bijzondere omstandigheden

25. Slechts in bijzondere omstandigheden kan ACM de methodebesluiten buiten toepassing laten bij de vaststelling van de x-factorbesluiten. VEMW heeft echter geen bijzondere omstandigheden aangevoerd en ACM is ook niet gebleken dat dergelijke bijzondere omstandigheden zich voordoen.

26. Uitgangspunt van ACM is daarom dat een bezwaar tegen een x-factorbesluit dat feitelijk gericht is tegen het methodebesluit, in beginsel ongegrond is. De grieven tegen de methodebesluiten zijn aan bod gekomen in de procedure tegen de methodebesluiten en kunnen niet in het kader van onderhavige procedure opnieuw aan de orde worden gesteld. Nu VEMW niet gemotiveerd heeft aangegeven waarom de methodebesluiten desondanks buiten toepassing zouden moeten blijven in onderhavig besluit, dient het bezwaar ongegrond te worden verklaard.

Vergoeding kosten bezwaar

27. VEMW verzoekt op grond van artikel 7:15, tweede lid, van de Awb om een vergoeding van de kosten die zij in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken.

Autoriteit
Consument & Markt

Openbaar
besluit

28. ACM heeft de bezwaren van VEMW ongegrond verklaard. Als gevolg daarvan wordt het verzoek van VEMW om een vergoeding van de proceskosten ex artikel 7:15, tweede lid, van de Awb afgewezen.

IV. Besluit

29. De Autoriteit Consument en Markt:

I. verklaart de bezwaren van de Vereniging voor Energie, Milieu en Water tegen de besluiten van 11 oktober 2011, met de kenmerken 103795/87 en 88, ongegrond;

II. wijst het verzoek van de Vereniging voor Energie, Milieu en Water om vergoeding van de door haar gemaakte kosten van de bezwaarprocedure af.

Den Haag, 6 augustus 2013

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.
mr. J.G. Vegter
Bestuurslid

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