

BESLUIT

Nummer : 103614_2/25; 103614_4/82; 103614_5/75

Betreft zaak: Bezwaren van N.V. Rendo, van de Vereniging FME/CWM en van de Vereniging voor Milieu, Energie en Water tegen het x-factorbesluit RN5E voor N.V. Rendo

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit houdende de beslissing op de bezwaren van N.V. RENDO, van de Vereniging FME/CWM en van de Vereniging voor Milieu, Energie en Water tegen het besluit tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, de kwaliteitsterm en de rekvolumes, als bedoeld in artikel 41a, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998, voor de periode van 1 januari 2011 tot en met 31 december 2013 voor N.V. RENDO

I. Inleiding

1. Bij besluit van 14 september 2010, met kenmerk 103223_1/23 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, de kwaliteitsterm en de rekvolumes, als bedoeld in artikel 41a, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet), voor de periode van 1 januari 2011 tot en met 31 december 2013 voor N.V. RENDO (hierna: RENDO), vastgesteld. Dit besluit wordt hierna aangeduid als het x-factorbesluit.
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 elektriciteit in haar kantoorpand heeft, alsmede als gemachtigde van een aantal leden van de vereniging. Eerst bij brief van 8 november 2010, derhalve na afloop van de bezwaartermijn, heeft FME aangegeven namens welke bedrijven het bezwaar mede is ingediend. Bij brieven van 8 november 2010, 22 april 2011 en 26 april 2011 heeft FME de aanvullende gronden van bezwaar ingediend.
3. 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 vijfde reguleringsperiode elektriciteit 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

4. Daarnaast heeft RENDO bij brief van 19 oktober 2010 bezwaar gemaakt tegen het x-factorbesluit. Bij brief van 1 maart 2011 heeft RENDO de aanvullende gronden van bezwaar ingediend.
5. Ook de Vereniging voor Milieu, Energie en Water (hierna: 'VEMW') heeft bij brief van 22 oktober 2010 bezwaar gemaakt tegen het x-factorbesluit. Bij brief van 10 maart 2011 heeft VEMW de aanvullende gronden van bezwaar ingediend.
6. Bij besluit van de Raad van 26 november 2010 met kenmerk 103637_8/1 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 van de hierboven genoemde partijen, geacht mede te zijn gericht tegen dit wijzigingsbesluit. Het besluit van 14 september 2010 en het wijzigingsbesluit van 26 november 2010 worden hierna gezamenlijk mede aangeduid als het 'bestreden besluit'.
7. 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 vijfde reguleringsperiode Elektriciteit. Netbeheer Nederland heeft hiervan geen gebruik gemaakt.
8. Op 24 mei 2011 heeft een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij RENDO, FME en VEMW in de gelegenheid zijn gesteld hun bezwaren ten aanzien van het bestreden besluit nader toe te lichten. RENDO en VEMW zijn hierbij verschenen. FME heeft bij brief van 26 april 2011 medegedeeld af te zien van deelname aan de hoorzitting.
9. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 27 juli 2011 aan partijen is toegezonden. RENDO en VEMW hebben naar aanleiding van het verslag geen opmerkingen gemaakt.

¹ Zie de uitspraak van het CBb van 22 december 2010, LJN: BP0457.

II. Juridisch kader

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

Elektriciteitswet:

Artikel 82, vierde lid:

“Een representatieve organisatie van partijen op de elektriciteitsmarkt wordt geacht belanghebbende te zijn bij besluiten genomen op grond van deze wet.”

Artikel 41, eerste lid:

“De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit stelt na overleg met de gezamenlijke netbeheerders en met representatieve organisaties van partijen op de elektriciteitsmarkt, met inachtneming 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, voor netbeheerders, met uitzondering van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, van de kwaliteitsterm en van het rekenvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld, vast. Het besluit tot vaststelling van de methode geldt voor een periode van ten minste drie en ten hoogste vijf jaar.”

Artikel 41, derde lid:

“De korting ter bevordering 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 economische verkeer gebruikelijk en dat de gelijkwaardigheid in de doelmatigheid van de netbeheerders wordt bevorderd.”

Artikel 41a, eerste lid:

“Ten behoeve van het voorstel, bedoeld in artikel 41b, stelt de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit voor iedere netbeheerder afzonderlijk voor dezelfde periode als waarvoor het besluit geldt op grond van artikel 41, eerste lid, vast:

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

III. Gronden van bezwaar

11. In het hierna volgende zullen kort en zakelijk de bezwaren van RENDO, FME en VEMW tegen het bestreden besluit worden samengevat.

Bezwaargronden RENDO

12. RENDO maakt bezwaar tegen de verwerking van invoeding in de samengestelde output (hierna: SO) in het methodebesluit voor de vijfde reguleringsperiode elektriciteit. De methode is volgens RENDO strijdig met de E-wet, onzorgvuldig tot stand gekomen, gebaseerd op onjuiste aannames en veronderstellingen en zou methodische onjuistheden bevatten. RENDO geeft aan dat de door haar ingediende beroepsgronden tegen het methodebesluit voor de vijfde periode elektriciteit hier als herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd.
13. RENDO voert inzake de SO 2006, die gehanteerd is in de vijfde reguleringsperiode voor de regionale netbeheerders elektriciteit aan, dat deze is gewijzigd ten opzichte van de SO 2006 die de Raad heeft gehanteerd in de vierde reguleringsperiode. Naar het oordeel van RENDO leidt dit tot onjuiste uitkomsten. RENDO verzoekt de Raad kort samengevat voor de vierde en de vijfde periode dezelfde SO 2006 te hanteren omdat hiermee de continuïteit van de meetreeks behouden blijft.

Bezwaargronden FME

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

Bezwaargronden VEMW

15. Naar het oordeel van VEMW biedt artikel 41, eerste lid, van de E-wet kortgezegd niet de vereiste wettelijke grondslag tot het vaststellen van negatieve x-factoren. Immers uit artikel 41a, eerste lid, onderdeel a, van de E-wet volgt dat de in dit artikel bedoelde x-factor altijd een korting dient te zijn en dus niet een negatieve waarde kan inhouden. De door de Raad vastgestelde negatieve x-factoren resulteren niet in een korting zoals voorgeschreven door de wetgever, maar in een verhoging van de totale inkomsten van de netbeheerder.
16. Het door de Raad genomen x-factor besluit komt dan ook in strijd met de E-wet en kan om die reden niet in stand blijven.

Verzoeken vergoeding kosten bezwaarfase

17. Tot slot verzoeken RENDO, FME en VEMW om vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, die zij hebben gemaakt voor het voeren van onderhavige bezwaarprocedures.

Reactie Netbeheer Nederland

18. Netbeheer Nederland heeft, naar aanleiding van het bezwaarschrift van FME, een schriftelijke reactie ingediend.² 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 vijfde reguleringsperiode regionale netbeheerders elektriciteit (1 januari 2011 tot en met 31 december 2013), hierna: het 'Methodebesluit RN5E'³ 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.

² Brief van 14 april 2011, kenmerk 103614_1/28.

³ Besluit van de Raad van 26 augustus 2010, met kenmerk 103221_1/266.

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 FME belanghebbende is bij het bestreden besluit.
21. FME heeft bezwaar gemaakt in de volgende hoedanigheden:
- i) namens de vereniging FME/CWM;
 - ii) als gebruiker van elektriciteit 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 elektriciteit 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.⁴ In de manier waarop individuele afnemers in hun belangen worden geschaad, onderscheidt FME zich als eindverbruiker van elektriciteit en als vertegenwoordiger van zestien leden van de vereniging FME niet in rechtens relevante mate van alle andere afnemers van elektriciteit (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 81, vierde lid, van de E-wet, wordt een representatieve organisatie van netgebruikers op de elektriciteitsmarkt geacht belanghebbende te zijn bij besluiten genomen op grond van de E-wet. De voorzieningenrechter heeft bij uitspraak van 22 december 2010 (voorlopig) geoordeeld dat de vereniging een representatieve organisatie is als bedoeld in artikel 81, vierde lid, van de E-

⁴ Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2008, p. 71.

wet en daarmee FME belanghebbende geacht.⁵ 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.⁶ Het standpunt van Netbeheer Nederland kan dan ook niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaar van FME.
25. De Raad merkt FME aan als representatieve organisatie en daarmee als belanghebbende bij het bestreden besluit. Waar in dit besluit wordt gesproken over FME, wordt dan ook uitsluitend gerefereerd aan de vereniging FME/CWM in haar hoedanigheid van representatieve organisatie.

V. Overwegingen ten aanzien van de bezwaargronden

Algemeen

26. RENDO, FME en VEMW hebben bezwaar gemaakt tegen tariefbesluiten en x-factorbesluiten⁷ die een uitwerking vormen van het methodebesluit voor de regionale netbeheerders elektriciteit. Voor een goed begrip van de beoordeling van de bezwaargronden is het van belang de systematiek van tariefregulering op grond van de E-wet kort toe te lichten.
27. De systematiek van de tariefregulering voor elektriciteitsnetten is vastgelegd in een 'methodebesluit'.⁸ De methode die is toegepast bij de vaststelling van de het bestreden besluit is vevat in het Methodebesluit RN5E. De vaststelling van de x-factorbesluiten en tariefbesluiten betreft een toepassing van het methodebesluit in het concrete geval voor de betreffende netbeheerder.⁹

⁵ Zie de hierboven aangehaalde uitspraak van het CBb van 22 december 2010, LJN: BP0457, r.o. 4.3.

⁶ Zie de uitspraak van het CBb van 13 december 2007, LJN: BC0051.

⁷ De besluiten ingevolge artikel 41c, eerste en derde lid, van de E-wet, tot vaststelling van de korting tot bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering voor de vijfde reguleringsperiode.

⁸ Besluit ingevolge artikel 41, eerste lid, van de E-wet 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.

⁹ Zie de uitspraak van het CBb van 22 december 2010, LJN: BP0457, r.o. 4.4. en NMa, "Zorgen voor optimale energie distributienetten, Visie van de toezichthouder op het reguleringskader", februari 2010.

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 RN5E aangevoerde grieven niet gegrond zijn verklaard, uitgegaan moet worden van de rechtmatigheid van de methode en derhalve ook van de rechtmatigheid van de op die methode gebaseerde x-factor- en tariefbesluiten, behoudens voor zover bezwaren zich specifiek richten tegen het hier bestreden besluit. Uitgangspunt van de Raad is daarom dat een bezwaar tegen een x-factor of een tariefbesluit dat feitelijk gericht is tegen hetgeen in het methodebesluit is geregeld of daar geregeld had moeten worden, ongegrond dient te worden verklaard.
30. Dat het Methodebesluit RN5E nog niet onherroepelijk is, doet hier niet aan af. Aangaande het Methodebesluit RN5E is niet om een voorlopige voorziening verzocht bij de voorzieningenrechter van het CBb. Wel hebben enkele partijen tegen het Methodebesluit RN5E beroep aangetekend¹⁰, maar het CBb heeft nog geen uitspraak gedaan in deze zaak. De Raad heeft zich in verweer op het standpunt gesteld dat het Methodebesluit RN5E 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 RN5E. 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 RN5E. Voor zover de bezwaargrond zich richt tegen het Methodebesluit RN5E, acht de Raad – uitgaande van de verbindendheid van het Methodebesluit RN5E – dat bezwaar ongegrond, tenzij hij onder de specifieke

¹⁰ Geregistreerd bij het CBb onder procedurenummer AWB 10/1065.

omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat een onderdeel van de methode onverbindend moet worden geacht.^{11 12}

Beoordeling van de bezwaargronden van RENDO

Gronden gericht tegen het Methodebesluit 5RNE

33. In haar beroepschrift tegen het Methodebesluit RN5E voert RENDO gronden aan die RENDO in deze procedure als herhaald en ingelast wenst te zien. Zoals reeds eerder overwogen in randnummer 27 tot en met 32 van dit besluit, kunnen – uitgaande van de rechtmatigheid van het Methodebesluit RN5E – in de onderhavige bezwaarprocedure niet alsnog bezwaren tegen (elementen van) de methode worden ingediend. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, verklaart de Raad de bezwaren van RENDO tegen de methode van vaststelling, ongegrond. Dit betreft specifiek de hieronder vermelde gronden van bezwaar.
34. RENDO stelt zich op het standpunt dat de verwerking van de invoeding in de samengestelde output strijdig is met de E-wet. Voorts betoogt RENDO dat de Raad over onvoldoende gegevens beschikte om een zorgvuldige afweging te kunnen maken ten aanzien van de terugverdienmogelijkheid van de efficiënte kosten. Als gevolg hiervan is de besluitvorming naar het oordeel van RENDO onvoldoende zorgvuldig tot stand gekomen. Ook het instrument van ORV (objectiveerbare regionale verschillen) is niet objectief op juistheid te verifiëren en is niet op bruikbaarheid getoetst. Dit is naar het oordeel van RENDO eveneens strijdig met het vereiste van een zorgvuldige besluitvorming. Verder stelt de Raad volgens RENDO ten onrechte dat het instrument van de aanmerkelijke investering geen geschikt instrument kan zijn voor de invoedingsproblematiek. Daarnaast heeft de Raad de zienswijze van RENDO tegen het Methodebesluit RN5E op onjuiste gronden afgewezen.
35. RENDO betoogt verder dat de methode gestoeld is op aannames en veronderstellingen zonder feitelijke onderbouwing, en dat deze methodiek feitelijk onjuist is. Samenvattend is RENDO van mening dat de huidige weging van de waarderingsfactoren leidt tot een onredelijke herverdeling van de inkomsten tussen netbeheerders, wat strijd oplevert met artikel 3:4 van de Awb. Daarnaast is de waardering van de wegingsfactoren van invoeding volgens RENDO gebaseerd op ondeugdelijke motiveringen en daarmee in strijd met artikel 3:46 van de Awb.

¹¹ Zie de uitspraken van het CBb van 13 december 2007, LJN: BC0051 en van 2 juni 2009, LJN: BJ0727.

¹² In de brief van de NMa van 28 januari 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.

36. Ten slotte bevat het Methodebesluit RN5E naar het oordeel van RENDO methodische fouten. RENDO wijst in haar gronden op een rekenkundige onjuistheid in het methodebesluit. Tevens is RENDO van mening dat het sectortarief van afname van het HS netvlak uitgaat van een niet representatief tarief en dat de invoeding onjuist wordt gewaardeerd. Opname van de invoeding in de samengestelde output is strijdig met de doelstelling van het bevorderen van de gelijkwaardigheid in de doelmatigheid waardoor RENDO onevenredig wordt benadeeld. Dat maakt de methode volgens RENDO strijdig met artikel 3:4 van de Awb.
37. Naar het oordeel van de Raad is er bovendien geen sprake van bijzondere omstandigheden die de Raad in afwijking van de methode doen besluiten. RENDO heeft tevens geen gronden aangevoerd waaruit volgt dat de Raad de methode onverbindend moet achten.

Bezwaar tegen de x-factor

38. RENDO voert aan dat de door de Raad gehanteerde SO 2006 gewijzigd is. Meer in het bijzonder zijn er afwijkende volumes gehanteerd voor de periodieke aansluitvergoeding (PAV) voor het jaar 2006 voor Delta Netwerkbedrijf B.V. en Enexis B.V. RENDO stelt zich op het standpunt dat de Raad ten onrechte gewijzigde volumes hanteert voor de bepaling van de productiviteitsverandering, gemeten over de jaren 2006 tot en met 2009. Zij verzoekt de Raad dan ook bij de bepaling van de SO die ten grondslag ligt aan het bestreden besluit uit te gaan van de volumes zoals deze ook zijn gebruikt voor de bepaling van de x-factor voor de vierde reguleringsperiode voor de regionale netbeheerders elektriciteit.¹³ Door het hanteren van de onjuiste gegevens, worden de eindinkomsten 2013 voor RENDO te laag en de x-factor te hoog vastgesteld.
39. De Raad kan zich niet vinden in hetgeen door RENDO wordt gesteld en licht dit als volgt toe. In het systeem van maatstafregulering worden naar het oordeel van de Raad de totale kosten van alle netbeheerders berekend. Op grond hiervan wordt het (relatieve) efficiëntieniveau van de afzonderlijke netbeheerders bepaald, waaruit vervolgens de x-factor volgt. Wanneer van één of meer netbeheerders de gegevens moeten worden aangepast heeft dit invloed op de SO en daarmee op de afzonderlijke netbeheerders en de totale kosten.
40. Tijdens de voorbereiding van het bestreden besluit, dat deel uitmaakt van de vijfde reguleringsperiode, is gebleken dat Delta Netwerkbedrijf B.V. en Enexis B.V., in het verleden onjuiste gegevens hebben verstrekt met betrekking tot de PAV, die onderdeel uitmaakt van de SO. Als gevolg daarvan heeft de Raad in de besluitvorming in het

¹³ Besluit van 29 augustus 2008 met kenmerk 102612_9/1.

kader van de vierde reguleringsperiode onjuiste gegevens gebruikt voor de bepaling van de SO voor 2006. De Raad is voor het x-factorbesluit voor de vijfde reguleringsperiode uitgegaan van de gegevens die Delta Netwerkbedrijf B.V. en Enexis B.V. hebben aangeleverd over wat de juiste volumes voor de PAV in het jaar 2006 zouden zijn.

41. Bij besluit van 5 augustus 2011¹⁴ heeft de Raad deze omissie in de x-factorbesluiten voor de vierde reguleringsperiode ambtshalve gecorrigeerd, met als resultaat dat nu zowel in de vierde als in de vijfde reguleringsperiode de correcte gegevens zijn gebruikt bij de vaststelling van de SO. Gelet hierop dient het bezwaar van RENDO ongegrond te worden verklaard.
42. In het bestreden besluit is de Raad uitgegaan van de juiste, gecorrigeerde gegevens. Deze zijn als bijlage bij het bestreden besluit gevoegd. Het bezwaar van RENDO dat gehandeld is in strijd met artikel 3:46 van de Awb kan de Raad niet volgen. De (correcte) gegevens waarop het besluit is gebaseerd zijn immers als bijlage bijgevoegd bij het bestreden besluit en daarmee is het besluit op dit punt voldoende gemotiveerd. De verplichting tot een deugdelijke motivering dient immers niet zo uitgelegd te worden dat gemotiveerd moet worden waarom voor gebruik van de correcte gegevens is gekozen.
43. Overigens is na het bekendmaken van de wijzigingsbesluiten voor de vierde reguleringsperiode, als bedoeld in randnummer 41, gebleken dat de herziene opgave van de PAV-volumes, zoals deze door Delta Netwerkbedrijf B.V. aan de Raad was overgelegd, alsnog niet de juiste gegevens bevatte. Het verschil tussen de gebruikte gegevens en de juiste gegevens is echter dermate gering dat dit geen effect heeft op de x-factor van RENDO. Ook wanneer de berekening wordt uitgevoerd met de aangepaste gegevens luidt de x-factor voor RENDO -5.7, gelijk aan de x-factor als vastgesteld in het bestreden besluit.
44. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen dient het bezwaar van RENDO ongegrond te worden verklaard.
45. Ook overigens volgt de Raad RENDO niet in haar bezwaar dat in verschillende reguleringsperiodes dezelfde SO voor 2006 gebruikt moet worden, zodat een continue meetreeks wordt bereikt. Een dergelijke verplichting is in de E-wet niet opgenomen en bovendien is in de methode zoals vastgelegd in het Methodebesluit RN5E geen koppeling tussen verschillende periodes gelegd.

¹⁴ Besluit met kenmerk 103838_7/3

46. Het bezwaar van RENDO omtrent het ontbreken van een continue meetreeks wordt gezien het vorenstaande ongegrond verklaard.

Beoordeling van de bezwaargronden van FME

Bezwaar tegen de methode van vaststellen van het bestreden besluit

47. 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 gehouden met verdere kostenstijgingen op het gebied van duurzame energie en vervangingsinvesteringen.*" (randnummer 8 van het bezwaarschrift).
48. De Raad heeft in het Methodebesluit RN5E bepaald dat een aanpassing van de methode van regulering voor een additionele vergoeding voor innovatieve projecten vooralsnog prematuur is.¹⁵ Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat de methode niet voorziet in tariefruimte voor investeringen in innovatieve projecten. Netbeheerders kunnen immers de doelmatige kosten voor deze investeringen met gebruik van de bestaande (wettelijke) tariefruimte, via de vaststelling van de x-factor toch terugverdienen. Bij het bepalen van de x-factoren is rekening gehouden met verdere kostenstijgingen op het gebied van duurzame energie en vervangingsinvesteringen, waaronder begrepen eventuele investeringen van netbeheerders in innovatieve projecten.
49. 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*",

¹⁵ Randnummer 70 e.v. van het Methodebesluit RN5E.

"transparantie vraagt om een (kwalitatieve) beschrijving daarvan (lees: de investeringsprogramma's), die in de stukken niet terug te vinden is." Elk inzicht en iedere verantwoording van de wijze waarop per netbeheerder de doelmatigheid is getoetst (aanvulling: van de uitgevoerde investeringen) ontbreken." (randnummer 7 aanvullend bezwaarschrift);

- *"Voorts beschikken de meeste netbeheerders over onvoldoende informatie om tot goed onderbouwde investeringsplannen te komen.(...) Voorts ontbreken voldoende betrouwbare forward-looking data (...)." (randnummer 9 bezwaarschrift);*
- *"Uit diverse persberichten (...) blijkt voorts dat de vermogenspositie van netbeheerders juist gedurende 2009 is versterkt. (...) Ook bestaat er nog ongebruikte speelruimte om minder dividend uit te keren aan de deelnemende overheden" (randnummer 9 bezwaarschrift), en "buiten beeld blijft het dividendbeleid. Dat kan per netbeheerder verschillen." (randnummer 8 aanvullend bezwaarschrift).*

50. 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"*.
51. De hiervoor genoemde bezwaren van FME richten zich tot het Methodebesluit RN5E. 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 RN5E – 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.
52. 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 RN5E onrechtmatig is en buiten toepassing moet worden gelaten.

53. 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.
54. 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.
55. 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 RN5E biedt belanghebbenden immers de gelegenheid om voorafgaand aan de vaststelling van het methodebesluit hun zienswijze in te dienen. FME is ook bij het Methodebesluit RN5E 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.
56. 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)

57. 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.*"
58. 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.*"

59. 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.
60. 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 E-wet verankerde besluitvormingsmethodiek. Ingevolge de artikelen 41 tot en met 41e van de E-wet, omvat het systeem van tariefregulering een reeks periodiek te nemen besluiten. Deze reeks bestaat uit het methodebesluit, de x-factorbesluiten en de tariefbesluiten. Om een en ander begrijpelijk en toegankelijk te maken wordt in het methodebesluit uitgebreid ingegaan op de reguleringssystematiek die de Raad hanteert.¹⁶ De Raad legt in dit besluit onder meer uit, zowel woordelijk als met behulp van formules, hoe de Raad de doelstelling van de wetgever ten aanzien van tariefregulering realiseert.¹⁷
61. Ook licht de Raad in het methodebesluit toe op welke wijze de Raad de x-factor- en tariefbesluiten vaststelt.¹⁸ De motivering in een methodebesluit kan daarom niet los worden gezien van de daarbij behorende x-factor- en tariefbesluiten. De vaststelling van de betreffende x-factoren en vervolgens de tarieven vloeien immers voort uit het methodebesluit.
62. 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 de derde reguleringsperiode (2008-2010) inzake regionale netbeheerders gas¹⁹ 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

¹⁶ Zie hoofdstuk 7 van het Methodebesluit RN5E.

¹⁷ Zie bijlage 1 van het Methodebesluit RN5E.

¹⁸ Zie hoofdstuk 4.2 van het Methodebesluit RN5E.

¹⁹ Hoewel bedoelde uitspraak van het CBb betrekking heeft op de tariefregulering ingevolge de Gaswet, kan deze ook van toepassing worden verklaard op de tariefregulering ingevolge de Elektriciteitswet nu de wetssystematiek gelijk is.

*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.*²⁰

63. 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 RN5E zijn toegepast op de productiviteitsdata van de verschillende netbeheerders (met name kosten, vergoedingen, volumes).
64. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is er naar het oordeel van de Raad geen sprake van een motiveringsgebrek in het bestreden besluit.
65. 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 41a, eerste lid, van de E-wet 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.
66. 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.
67. 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

68. 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"*.

²⁰ Zie de uitspraak van het CBB van 3 november 2009, LJN: BK1790, r.o. 13.2.

69. 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 41a, eerste lid, van de E-wet dient aan de netbeheerder een "korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering" te worden opgelegd. In de tariefformule van artikel 41b, onderdeel d, van de E-wet 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.²¹ 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.
70. Ook heeft de Minister in de wetsgeschiedenis die betrekking heeft op artikel 41b, onderdeel d, van de E-wet, 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.²²
71. Dat sprake is van een stijging van de efficiënte kosten volgt uit het Methodebesluit RN5E. 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 E-wet verklaart de Raad dan ook ongegrond.

Conclusie

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

Beoordeling van de bezwaargronden van VEMW

73. Aangaande het bezwaar van VEMW, dat het vaststellen van een negatieve x-factor in strijd komt met de E-wet, verwijst de Raad naar hetgeen hierboven is overwogen onder

²¹ 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.

²² 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.

de randnummers 69 tot en met 71, ten aanzien van de gelijklopende bezwaargrond van FME, en verklaart het bezwaar van VEMW ongegrond.

VI. Vergoeding van kosten bezwaarfase

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

VII. Besluit

75. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart de bezwaren van N.V. RENDO ongegrond;
- II. 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;
- III. verklaart de bezwaren van de vereniging FME/CWM als representatieve organisatie ongegrond;
- IV. verklaart de bezwaren van de Vereniging voor Milieu, Energie en Water ongegrond;
- V. wijst de door N.V. RENDO, de vereniging FME/CWM en de Vereniging voor Milieu, Energie en Water ingediende verzoeken om vergoeding van de door hen gemaakte kosten in deze bezwaarprocedure ex artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, af.

Den Haag, 1 december 2011

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 is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.