

BESLUIT

Nummer : 103614_4/80; 103614_5/74

Betreft zaak: Bezwaren van Vereniging FME/CWM en Vereniging voor Milieu, Energie en Water tegen de x-factorbesluiten RN5E voor Delta Netwerkbedrijf B.V., Westland Infrabeheer B.V. en Enexis B.V.

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit houdende de beslissing op de bezwaren van de vereniging FME/CWM en van de Vereniging voor Milieu, Energie en Water tegen de besluiten tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, de kwaliteitsterm en van het rekenvolume voor de vijfde reguleringsperiode elektriciteit (1 januari 2011 tot en met 31 december 2013), als bedoeld in artikel 41a, eerste lid, van de Elektriciteitswet, voor de regionale netbeheerders Delta Netwerkbedrijf B.V., Westland Infra Netbeheer B.V. en Enexis B.V.

I. Inleiding

1. Bij besluiten van 14 september 2010 (hierna: 'x-factorbesluiten'), 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 41a, eerste lid, van de Elektriciteitswet, voor de periode van 1 januari 2011 tot en met 31 december 2013 vastgesteld voor de regionale elektriciteitsnetbeheerders Delta Netwerkbedrijf B.V., Westland Infra Netbeheer B.V. en Enexis B.V.¹ Deze besluiten worden hierna aangeduid als de x-factorbesluiten.
2. Bij brief van 22 oktober 2010 heeft de vereniging FME/CWM (hierna: 'FME') bezwaar gemaakt tegen de x-factorbesluiten. 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.

¹ Besluiten van de Raad van 14 september 2010 met kenmerken 103233_1/19, 103233_1/25 en 103233_1/22.

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 de x-factorbesluiten, 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.²
4. Tegen deze besluiten is tevens door de Vereniging voor Energie, Milieu en Water (hierna: 'VEMW') pro forma bezwaar gemaakt op 22 oktober 2010. De gronden van bezwaar zijn aangevuld op 10 maart 2011.
5. Bij besluiten van de Raad van 26 november 2010 zijn de x-factorbesluiten gewijzigd³. 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'.
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 vijfde reguleringsperiode elektriciteit. Netbeheer Nederland heeft hiervan geen gebruik gemaakt.
7. VEMW en FME zijn in de gelegenheid gesteld hun bezwaren ten aanzien van de bestreden besluiten nader toe te lichten tijdens een hoorzitting op 26 april 2011. Genoemde partijen hebben van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

II. Juridisch kader

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

Elektriciteitswet:

² Zie de uitspraak van het CBb van 22 december 2010, LJN: BP0457.

³ Besluiten van de Raad van 26 november 2010 met kenmerken 103637_3/1, 10337_9/1 en 103_5/1.

Artikel 82, vierde lid:

“Een representatieve organisatie van partijen op de elektriciteitsmarkt wordt geacht belanghebbende te zijn bij besluiten 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 rekvolume 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 rekvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld.”

III. Gronden van bezwaar

9. In het hierna volgende zullen eerst kort en zakelijk de bezwaren van FME en VEMW worden samengevat.

Bezwaargronden FME

10. 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 gemaakt tegen de bestreden besluiten. FME heeft in bezwaar – kort en zakelijk weergegeven – het volgende aangevoerd:
- FME maakt bezwaar tegen de methode van vaststellen van de bestreden besluiten;
 - FME is van oordeel dat de bestreden besluiten, in strijd met de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb, niet zijn voorzien van een duidelijke en zelfstandige motivering; en
 - FME is van oordeel dat de bestreden besluiten in strijd met de E-wet tot stand zijn gekomen omdat op grond van de wet niet een negatieve x-factor kan worden vastgesteld.

Bezwaargronden VEMW

11. Naar het oordeel van VEMW biedt artikel 41, eerste lid, 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 korting zoals voorgeschreven door de wetgever, maar in een verhoging van de totale inkomsten van de netbeheerder.
12. 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.

Verzoek vergoeding kosten bezwaarfase

13. Tot slot verzoeken VEMW en FME 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 bezwaarprocedure.

Reactie Netbeheer Nederland

14. Netbeheer Nederland heeft, naar aanleiding van 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 vijfde reguleringsperiode regionale netbeheerders elektriciteit

⁴ Brief van 14 april 2011, kenmerk 103614_5/28.

(1 januari 2011 tot en met 31 december 2013), hierna: het ' Methodebesluit RN5E⁵ 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.

15. De Raad heeft kennisgenomen van de reactie van Netbeheer Nederland en neemt deze in overweging bij zijn beoordeling.

IV. Belanghebbendheid FME

16. Alvorens de Raad toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de gronden van bezwaar van FME dient te worden vastgesteld of FME belanghebbende is bij de bestreden besluiten.
17. 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.
18. 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 de bestreden besluiten waartegen bezwaar is gemaakt.⁶ 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

⁵ Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 26 augustus 2010, met kenmerk 103221_1/266.

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

belanghebbende. De Raad acht FME als individuele afnemer en als vertegenwoordiger van zestien bedrijven niet-ontvankelijk in het bezwaar.

19. 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-wet en daarmee FME belanghebbende geacht.⁷ De Raad ziet geen aanleiding om van het oordeel van de voorzieningenrechter af te wijken.
20. 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.
21. De Raad merkt FME aan als representatieve organisatie en daarmee als belanghebbende bij de bestreden besluiten. 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

22. FME en VEMW hebben bezwaar gemaakt tegen de tariefbesluiten en de x-factorbesluiten⁹ die een uitwerking vormen van het methodebesluit voor de regionale netbeheerders elektriciteit. Voor een goed begrip van de beoordeling van de bezwaargronden van FME is het van belang de systematiek van tariefregulering op grond van de E-wet kort toe te lichten.

⁷ Zie de hierboven aangehaalde uitspraak CBb 22 december 2010, LJN: BP0457, r.o. 4.3.

⁸ Zie de uitspraak van het CBb van 13 december 2007, LJN: BC0051.

⁹ De besluiten ingevolge artikel 41c, eerste en tweede lid, van de E-wet, tot vaststelling van de korting tot bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering voor de vijfde reguleringsperiode.

23. De systematiek van de tariefregulering voor elektriciteitsnetten is vastgelegd in een 'methodebesluit'.¹⁰ De methode die is toegepast bij de vaststelling van de bestreden besluiten is vervat 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.¹¹
24. 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.
25. 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 de hier bestreden besluiten. 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.
26. 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 aangetekend,¹² maar het CBb heeft in deze zaak nog geen uitspraak gedaan. 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.

¹⁰ 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 rekvolumina van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld.

¹¹ Zie de uitspraak van het CBb van 22 december 2010, LJN: BP0457, r.o. 4.3. en NMa, "*Zorgen voor optimale energie distributienetten, Visie van de toezichhouder op het reguleringskader*", februari 2010.

¹² Geregistreerd bij het CBb onder procedurenummer AWB 10/1065

27. 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.
28. 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 omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat een onderdeel van de methode onverbindend moet worden geacht.^{13 14}

Beoordeling van de bezwaargronden van FME

Bezwaar tegen de methode van vaststellen van de bestreden besluiten

29. FME kan zich niet vinden in enkele afzonderlijke onderdelen van de methodiek die de Raad hanteert bij het vaststellen van de bestreden besluiten. 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).
30. 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

¹³ Zie CBb 13 december 2007, LJN: BC0051 en CBb 2 juni 2009, LJN: BJ 0727.

¹⁴ 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.

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

gehouden met verdere kostenstijgingen op het gebied van duurzame energie en vervangingsinvesteringen, waaronder begrepen eventuele investeringen van netbeheerders in innovatieve projecten.

31. Voorts geeft FME aan van mening te zijn dat de Raad bij het vaststellen van de bestreden besluiten 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 (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).*
32. 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"*.
33. De hiervoor genoemde bezwaren van FME richten zich tot het Methodebesluit RN5E. Kennelijk beoogt FME met deze bezwaren 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 23 tot en met 28 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.

34. 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 de bestreden besluiten. 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.
35. 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.
36. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, verklaart de Raad de bezwaren van FME die zien op de methode van vaststelling van de bestreden besluiten ongegrond.
37. 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.
38. 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)

39. Volgens FME zijn de bestreden besluiten niet voldoende gemotiveerd. Zij stelt daartoe het volgende. "*Aan de bestreden besluiten ligt geen deugdelijke motivering ten grondslag; die*

besluiten bevatten slechts een inleiding, leeswijzer, wettelijke context, procedure en dictum. 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."

40. Daarnaast bevatten de bestreden besluiten 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."*
41. 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.
42. Allereerst heeft de Raad de (wettelijke) grondslag waarop de bestreden besluiten zijn gebaseerd, voldoende kenbaar en inzichtelijk gemaakt. Zoals de Raad hierboven uiteen heeft gezet in randnummer 23, betreffen de bestreden besluiten 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
43. Ook licht de Raad in het methodebesluit toe op welke wijze de Raad de x-factoren en de 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.
44. 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

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.

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 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 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

45. Tevens heeft de Raad bij de vaststelling van de bestreden besluiten de berekeningswijze van de x-factoren openbaar gemaakt. In bijlage 2 bij de x-factorbesluiten 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).
46. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is er naar het oordeel van de Raad geen sprake van een motiveringsgebrek in de bestreden besluiten.
47. 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.
48. Daarnaast stelt FME dat de Raad de toegestane tariefstijging in de bestreden besluiten onvoldoende heeft gemotiveerd. Ook dit bezwaar is ongegrond. Anders dan FME stelt, gaat de wettelijke besluitvormingsmethodiek voor de bestreden besluiten niet uit van een toetsing en motivering van een aanvaardbare stijging van de tarieven. De door de netbeheerder aangeleverde productiviteitsdata bepalen de uitkomsten van de bestreden besluiten.

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 E-wet nu de wetssystematiek gelijk is.

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

49. De Raad is van oordeel dat de vaststelling van de bestreden besluiten 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.

De bestreden besluiten verhouden zich niet met het doel van de wet

50. 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"*.

51. 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.

52. Ook heeft de Minister van Economische Zaken 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

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.

53. 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

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

Beoordeling van de bezwaargronden van VEMW

55. 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 de randnummers 51 tot en met 53, ten aanzien van de gelijklopende bezwaargrond van FME, en verklaart het bezwaar van VEMW ongegrond.

VI. Vergoeding van kosten bezwaarfase

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

VII. Besluit

57. 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 de vereniging FME/CWM als representatieve organisatie ongegrond;
- III. verklaart de bezwaren van de Vereniging voor Milieu, Energie en Water ongegrond;
- IV. wijst de verzoeken van de vereniging FME/CWM en de Vereniging voor Milieu, Energie en Water om vergoeding van kosten in bezwaar 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.