ECLI:NL:CBB:2013:CA1052

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	23-04-2013
Datum publicatie	27-05-2013
Zaaknummer	AWB 11/828 AWB 11/829 AWB 11/831 t/m AWB 11/837
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Eerste en enige aanleg
Inhoudsindicatie	Methodebesluit, beleidsregel, x-factor, tarief, negatieve x-factor
Wetsverwijzingen	Gaswet 61 Gaswet 81
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AB 2013/284 met annotatie van H.E. Bröring

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

Zaaknummers: 11/828, 11/829 en 11/831 t/m 837

18400 Gaswet

Uitspraak van de meervoudige kamer van 23 april 2013 in de zaken tussen

Vereniging FME-CWM (FME), te Zoetermeer, appellante

(gemachtigde: mr. Th.A.G. Vermeulen),

en

de Autoriteit Consument en Markt (voorheen: raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit; hierna: ACM), verweerster.

(gemachtigden: mr. C. de Jong-Kwestro en mr. W.T. Algera).

Als derde-partijen hebben de hierna te noemen netbeheerders aan het geding deelgenomen:

1. N.V. Rendo, te Meppel,
2. Intergas Energie B.V., te Oosterhout,
3. Westland Infra Netbeheer B.V., te Poeldijk,
4. Delta Netwerkbedrijf B.V., te Middelburg,
5. Endinet B.V., te Eindhoven,
6. Zebra Gasnetwerk B.V., te Bergen op Zoom,

7. Enexis B.V., te 's-Hertogenbosch,

8. Cogas Infra en Beheer B.V., te Almelo,

9. Liander N.V., te Arnhem,

10. Stedin Netbeheer B.V., te Rotterdam,

(gemachtigden: mr. drs. J.E. Janssen en mr. W. Wolbers).

Procesverloop

Bij besluiten van 14 september 2010 en 3 december 2010 (de primaire besluiten) heeft ACM onderscheidenlijk voor de netbeheerders 1 t/m 9 de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering (de x-factor), de kwaliteitsterm en het rekenvolume voor de vierde reguleringsperiode gas (1 januari 2011 tot en met 31 december 2013) en voor de netbeheerders 2 t/m 10 de tarieven voor het transport van gas en de het transport ondersteunende diensten voor 2011 vastgesteld.

Bij besluiten van 1 september 2011 (de bestreden besluiten) heeft ACM de bezwaren van FME ongegrond verklaard.

FME heeft tegen de bestreden besluiten beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 12 maart 2013. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Voor FME is verder verschenen A.

Achtergrond van de geschillen

ACM heeft de wettelijke taak om toezicht te houden op de energiesector, teneinde de energiemarkt zo effectief mogelijk te laten werken. Dat betekent onder meer dat de consument wordt beschermd tegen mogelijk misbruik van de (inherente) machtspositie van de regionale netbeheerders, die in hun respectieve regio feitelijk als monopolist optreden.

Om te voorkomen dat netbeheerders door het ontbreken van concurrentieprikkels onvoldoende doelmatig werken of te hoge tarieven hanteren, stelt ACM jaarlijks de tarieven vast. De wijze waarop dit gebeurt vloeit voort uit de artikelen 81 tot en met 81c van de Gaswet en de door ACM gehanteerde reguleringssystematiek. Deze reguleringssystematiek wordt vastgelegd in methodebesluiten, die voor een periode van minimaal drie en maximaal vijf jaren gelden. Voor iedere netbeheerder wordt een afzonderlijke x-factor vastgesteld. De x-factor dient ertoe om een doelmatige bedrijfsvoering van de netbeheerders te bevorderen. Mede met inachtneming van de voor hem geldende x-factor zendt iedere netbeheerder aan ACM tariefvoorstellen voor de tarieven die deze netbeheerder ten hoogste zal berekenen voor het transport van gas en dat transport ondersteunende diensten. ACM stelt deze tarieven uiteindelijk jaarlijks vast.

Overwegingen

1. Bij besluit van 26 augustus 2010 heeft ACM de methode vastgesteld tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering (x-factor), de methode tot vaststelling van de kwaliteitsterm (q-factor) en de methode tot vaststelling van het rekenvolume van elke tariefdrager van elke dienst waarvoor een tarief wordt vastgesteld (rekenvolumina) voor de vierde reguleringsperiode. Bij uitspraak van 28 december 2012 (LJN BZ1718) heeft het College, onder verwijzing naar zijn heropeningsbeslissing van 23 december 2011 (LJN BU9127), beslist op de tegen dit methodebesluit ingestelde beroepen. FME heeft tegen het methodebesluit geen beroep ingesteld. De primaire besluiten

vormen, overeenkomstig de hierboven beschreven reguleringssystematiek, een uitwerking van de methode per netbeheerder.

2. ACM heeft zich in het bestreden besluit op het standpunt gesteld dat de rechtmatigheid van de methodiek niet opnieuw bij de beoordeling van de x-factor- en tariefbesluiten aan de orde kan worden gesteld. ACM heeft zich, gelet hierop, voor wat betreft de bezwaren die zijn aangevoerd met betrekking tot de hoogte van het redelijk rendement, de vaststelling van de jaarlijkse operationele kosten, de onderbouwing van de investeringsplannen, de omvang van de vermogenspositie van de netbeheerders en de mate van hun efficiency, beperkt tot een beoordeling van de vraag of er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de door FME bestreden onderdelen van het methodebesluit buiten toepassing zouden moeten blijven. De bezwaren van FME hebben niet geleid tot het oordeel dat het methodebesluit deze toets niet zou kunnen doorstaan. Daarnaast heeft ACM de bezwaren van FME tegen het ontbreken van een deugdelijke motivering en tegen het vaststellen van een negatieve x-factor voor een aantal netbeheerders ongegrond verklaard.

3.1 FME bestrijdt het standpunt van ACM dat zij een aantal van haar beroepsgronden in de procedure tegen het methodebesluit naar voren had moeten brengen. Zij is van opvatting dat het methodebesluit moet worden aangemerkt als een beleidsregel, waartegen op grond van artikel 8:2, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geen beroep kan worden ingesteld. Ingevolge artikel 61, derde lid, Gaswet staat, aldus FME, tegen een methodebesluit alleen beroep open indien dit zou worden aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift. Bovendien is, gelet op het woord "kan" in voormelde bepaling, het beroepsrecht optioneel. ACM stelt zich op het standpunt dat het een bestendige praktijk is dat methodebesluiten worden getoetst. Uit artikel 61, derde lid, Gaswet volgt dat het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is geweest om rechtsbescherming te bieden tegen methodebesluiten.

Het College volgt niet de opvatting van FME dat sprake zou zijn van een beleidsregel. Onder een beleidsregel in de zin van artikel 1:3, vierde lid, Awb dient te worden verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Het methodebesluit heeft geen betrekking op het stellen van regels als hier genoemd, maar wordt vastgesteld door ACM op grond van haar wettelijke bevoegdheid en de daarbij aan haar toekomende beoordelingsruimte om een methode vast te stellen die inhoudt dat bindende normen worden gesteld waaraan andere besluiten moeten voldoen. Aldus vertoont dit methodebesluit voldoende trekken van een algemeen verbindend voorschrift om voor de toepassing van artikel 61, derde lid, Gaswet als zodanig te worden aangemerkt. De stelling van FME dat het beroepsrecht als neergelegd in artikel 61 Gaswet optioneel zou zijn snijdt, gelet op de op dit punt identieke algemene formulering die is neergelegd in artikel 8:1, eerste lid, Awb, geen hout.

Hieruit volgt dat ACM de bezwaren die FME ten aanzien van de onder 2 genoemde onderwerpen heeft ingebracht tegen de primaire besluiten terecht heeft verworpen, omdat zij betrekking hebben op onderdelen van het onderliggende methodebesluit. In de door FME aangevoerde gronden ziet het College geen aanleiding voor het oordeel dat de bestreden onderdelen van het methodebesluit, die overigens al eerder door het College zijn getoetst, ten aanzien van haar buiten toepassing zouden moeten blijven.

De desbetreffende beroepsgronden slagen niet.

3.2 FME heeft voorts betoogd dat de primaire besluiten ondeugdelijk zijn gemotiveerd, omdat daaruit niet blijkt hoe de x-factoren en tarieven tot stand zijn gekomen en dat dit gebrek bij de bestreden besluiten niet is hersteld. Volgens FME hadden de besluiten meer informatie moeten bevatten, zoals de productiviteitsdata van de netbeheerders. Daarnaast heeft ACM in de loop van de procedure een zo grote hoeveelheid stukken overgelegd dat het nagenoeg onmogelijk is daar een weg in te vinden. ACM heeft daartegenover gesteld dat zij in de bestreden besluiten uitvoerig is ingegaan op de wijze waarop de primaire besluiten samenhangen met de methode van regulering en tevens heeft duidelijk gemaakt dat uit

de bijlage(n) bij de primaire besluiten kan worden afgelezen hoe de x-factoren en tarieven worden vastgesteld. In bijlage 2 bij de x factorbesluiten heeft ACM inzichtelijk gemaakt op welke wijze de formules uit het methodebesluit zijn toegepast op de productiviteitsdata van de verschillende netbeheerders en stapsgewijs inzichtelijk gemaakt hoe zij de totale inkomsten 2011, inclusief correcties, per netbeheerder heeft berekend.

Naar het oordeel van het College heeft ACM in de bestreden besluiten een toereikende verduidelijking gegeven van de aan de primaire besluiten ten grondslag gelegde berekeningen. FME heeft het College er niet van overtuigd dat opname in die besluiten van de productiviteitsdata gegevens waarop een accountantscontrole wordt toegepast alvorens ze in de berekeningen worden verwerkt nodig is om tot een deugdelijke motivering te komen. Het College stelt verder vast dat de systematiek van de regulering van transporttarieven zodanig complex is dat in dat kader genomen besluiten niet, zoals FME wil, in een A4-tje zijn neer te leggen. Evenmin lijkt het mogelijk om de aan de besluitvorming ten grondslag te leggen stukken drastisch in aantal te beperken zonder dat daardoor de kwaliteit van de besluitvorming ongunstig wordt beïnvloed. Ook deze beroepsgrond faalt.

3.3 FME heeft ten slotte aangevoerd dat artikel 81, eerste lid, Gaswet geen grondslag biedt voor het vaststellen van een negatieve x-factor, zoals bij alle netbeheerders, met uitzondering van netbeheerders 2 en 6, is gebeurd. FME wijst erop dat op grond van die bepaling ACM 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, de methode vaststelt tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering. Het woord "korting" aldus FME, impliceert dat sprake dient te zijn van een vermindering, derhalve van een verlaging van de tarieven. ACM stelt zich op het standpunt dat blijkens de wetsgeschiedenis de wetgever wel degelijk de mogelijkheid van een negatieve x-factor voor ogen heeft gehad. Het niet toestaan van een negatieve x-factor zou in strijd zijn met een van de uitgangspunten van de reguleringssystematiek dat een netbeheerder zijn efficiënte kosten mag terugverdienen. De situatie kan zich voordoen dat een netbeheerder aan het begin van een reguleringsperiode tarieven heeft die lager zijn dan het geschatte efficiënte kostenniveau aan het eind van de periode. Ter zitting is namens ACM nader uiteengezet dat in de derde reguleringsperiode de efficiënte kosten van de gasnetbeheerders zijn vastgesteld op een niveau dat voor het merendeel van hen te laag was. De begininkomsten voor de vierde reguleringsperiode dienden daarom door de vaststelling van een negatieve x-factor voor deze netbeheerders te worden gecorrigeerd, teneinde aan het einde van de periode het niveau te bereiken waarop deze netbeheerders hun efficiënte kosten kunnen terugverdienen.

Het College overweegt als volgt. In zijn algemeenheid rechtvaardigt hetgeen door ACM is gesteld, gelet op de tekst van artikel 81, eerste lid, Gaswet en de onderliggende wetsgeschiedenis, waarin vrijwel steeds wordt uitgegaan van een daling van de tarieven, niet zonder meer het gebruik van een negatieve x-factor. Het College acht het anderzijds niet uitgesloten dat er omstandigheden zijn die maken dat een negatieve x-factor als passend in het systeem van maatstafregulering kan worden aanvaard.

FME heeft zich in de onderscheiden beroepen en in haar reactie op het verweer van ACM beperkt tot de enkele heel algemene, niet nader onderbouwde stelling dat een x-factor uitsluitend positief kan zijn. Ook tegenover de door ACM ter zitting gegeven nadere toelichting, dat in de in het geding zijnde gevallen de negatieve x-factor noodzakelijk is om te lage begininkomsten te corrigeren, heeft FME geen verdere onderbouwing gegeven van haar stelling. Omdat, als hiervoor overwogen, die stelling niet in alle gevallen hoeft op te gaan kan de beroepsgrond niet slagen.

4. Het College ziet geen aanleiding voor het oordeel dat de bestreden besluiten onrechtmatig zijn. De beroepen zijn ongegrond.

5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College verklaart de beroepen ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. C.M. Wolters, mr. M. van Duuren en mr. J.A.M. van den Berk, in aanwezigheid van mr. M.J. van Veen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 23 april 2013.

w.g. C.M. Wolters w.g. M.J. van Veen