

De NMa verliest de gastransporttarief-zaak, maar wint beleidsvrijheid

Bijna vijf jaar nadat de NMa Zelfstandig Bestuursorgaan (ZBO) is geworden,¹ heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) een oordeel moeten vellen over de ruimte voor de minister van Economische Zaken om (individuele) aanwijzingen te geven aan de NMa. Op grond van art. 5d van de Mededingingswet (Mw) is de minister bevoegd beleidsregels uit te vaardigen;² de minister is sinds de invoering van de ZBO-status van de NMa niet (meer) bevoegd bijzondere aanwijzingen te geven in individuele gevallen.

Volgens Verhey en Verheij stond de voormalig d-g NMa na de oprichting van de NMa ook al op afstand van de minister, maar kon hij nog steeds individuele aanwijzingen geven. "Om de politiek toch op enige afstand te plaatsen zijn toen in de wet voorzieningen getroffen om te voorkomen dat de minister al te gemakkelijk zou ingrijpen in individuele gevallen.³ In de nieuwe situatie [de ZBO status; WG] zijn bijzondere aanwijzingen van de minister categorisch uitgesloten."⁴ Volgens Korsten en Van Wanroij was dat zelfs de belangrijkste verandering.⁵ De Jong concludeerde dat de NMa door de ZBO-status "beter [wordt] beschermd tegen politieke beïnvloeding", alhoewel dat volgens hem niet meer dan "een formalisering van de feitelijke situatie" was, aangezien de minister in de praktijk nooit individuele aanwijzingen gaf.⁶ Er is pas sprake – om met Zijlstra te spreken – van een ZBO "wanneer de minister geen aanwijzingen in individuele gevallen (zogenoemde bijzondere aanwijzingen) kan geven."⁷ De afwezigheid van de aanwijzingsbevoegdheid is dus, zoals Braal-Verhoog schreef, 'de kern'⁸ van de invoering van de ZBO-status van de

NMa. Toch kan de minister wel het (algemene) beleid bepalen. Volgens Kummeling is die bevoegdheid 'terecht wel opgenomen'.⁹

De minister maakte van die bevoegdheid in de beginjaren van de NMa als ZBO geen/weinig gebruik. Tijdens het tienjarig jubileum van de NMa in 2008, toen de NMa bijna drie jaar ZBO was, vond de minister het nodig tijdens de feestelijkheden aan te geven dat zij "een nieuwe, nog scherpere scheiding [wenste te] zien tussen beleid en uitvoering." Volgens haar kon je je "afvragen waar hier de grens ligt tussen het werkterrein van de wetgever en dat van de uitvoerder. Gaat de uitvoerder hier niet op de stoel van de wetgever zitten?"¹⁰ Een van de drie mogelijke oplossingen die de minister voor ogen stond was dat de minister "zélf de beleidsregels opstelt over hoe de NMa haar uitvoerende bevoegdheden op grond van de Mededingingswet moet toepassen", ten koste van de beleidsvrijheid van de NMa.¹¹ Sindsdien heeft de minister een zestal beleidsregels uitgevaardigd waaraan de NMa zich – in beginsel – dient te houden;¹² daarvan zijn de bekendste de allicht de boete,¹³ en clementierichtsnoeren.^{14,15}

De vraag waar het CBB recent mee werd geconfronteerd, was de scheidingslijn tussen de toegestane beleidsregel en de categorisch uitgesloten bijzondere aanwijzingen. Een van de zes beleidsregels betrof de tariefregulering van gastransportdiensten. Op grond van art. 82 lid 2 Gaswet stelt de NMa de (berekenningsmethode van de) tarieven vast die voor het transport van gas in rekening worden gebracht. Gas Transport Services B.V. – het vroegere GasUnie –¹⁶ (GTS) is eigenaar van het landelijk gastrans-

Deventer: Kluwer, 2002, p. 19.

1 Dat werd zij op 1 juli 2005; toen trad de Wet tot wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan in werking (Stb. 2005, 327).
 2 Volgens art. 1:3 lid 4 Awb moet onder beleidsregel 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."
 3 Daarbij verwijzen zij naar art. 4 lid 4 Mw (oud).
 4 L.F.M. Verhey, N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief', Preadvis voor de Nederlandse Juristen Vereniging, in: A.A. Rossum, L.F.M. Verhey, N. Verheij (red.), Toezicht, Volume 135 van Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging, Deventer: Kluwer, 2005, p. 148.
 5 L.E.J. Korsten, M. van Wanroij, Nederlands Mededingingsrecht, Deventer: Kluwer, 2008, p. 48; zie daaromtrent ook de Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, nr. 3, p. 2-4).
 6 M.A. de Jong, 'De wijzigingen van de Mededingingswet', Markt & Mededinging 2004/5, p. 184.
 7 S.E. Zijlstra, 'Moet de NMa een zelfstandig bestuursorgaan worden?', Markt & Mededinging 2000/4, p. 154.
 8 D.L. Braal-Verhoog, 'Over onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid: naar een zelfstandige NMa', in: J.W. van de Gronden, R. Widdershoven (red.), Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?,

Deventer: Kluwer, 2002, p. 1.
 9 H.R.B.M. Kummeling, 'De betekenis van de Kaderwet ZBO's voor de omvorming van de NMa (zoals gewijzigd door het wetsvoorstel van de ZBO-status van de NMa)', in: J.W. van de Gronden, R. Widdershoven (red.), Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?, Deventer: Kluwer, 2002, p. 1.
 10 Speech minister van Economische Zaken, mevrouw M.J.A. van der Hoeven, '10 jaar NMa: en nu verder...' op het Congres '10 jaar NMa' te Den Haag op 5 maart 2008 te vinden op [LINK: <http://www.nmanet.nl>]; zie hierover nader: G.G.J. ten Broeke, 'Scheiding beleid en uitvoering', AM 2008, p. 67.
 11 Zie nader: A. Jutten, 'Naschrift: wat blijft er over van het ZBO (boete)uitvoeringsbeleid van de NMa?', AM 2009, p. 178.
 12 Tenzij zich een situatie voordoet als bedoeld in art. 4:84 Awb.
 13 Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ/9150320, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving waarvan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast met het toezicht op de naleving (Stcrt. 2009, 14079).
 14 Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ / 9146574, tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels (Stcrt. 2009, 14078).
 15 De overige zijn: (i) Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009 (Stcrt. 2009, 14082); (ii) Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders (Stcrt. 2009, 13389); (iii) Beleidsregel handhaving splitsingsplannen (Stcrt. 2010, 2734); (iv) Beleidsregel uitoefening bevoegdheid ex art. 82, tweede lid, van de Gaswet (Stcrt. 2008, 132); van voor 2008 dateren de Beleidsregels vaststellen voorwaarden bedoeld in art. 31 Elektriciteitswet 1998 (Stcrt. 2000, 134).
 16 Gasunie N.V. is op 1 juli 2005 gesplitst in een handelsbedrijf Gasunie Trade & Supply en een transport-/netwerkbedrijf waar de genoemde Gas Transport Services B.V. onder valt (verwarrend genoeg allebei afgekort tot GTS). Gasunie was voor 50% in handen van de Staat en voor de overige 50% van Shell en Exxon. Na de splitsing heeft de Staat de aandelen overgenomen in het netwerkbedrijf. De

portnet. Ten aanzien van de vaststelling van gastransporttarieven had de minister een beleidsregel uitgevaardigd, waarin zij de waarde van het gastransportnetwerk meer dan 25% hoger had gewaardeerd dan de NMa eerder had gedaan.¹⁷ De belangrijkste oorzaak was dat de minister een andere manier van indexatie gebruikte dan de NMa tot dan toe had gebruikt; de NMa gebruikte de consumentenprijsindex (CPI), terwijl de minister een systeem met vier verschillende indexaties gebruikte in de beleidsregel.¹⁸ Dit leidde al tot een verhoging van de activeringswaarde met bijna € 1 miljard. Daardoor ontstond een groter afschrijvingspotentieel en konden/moesten dus hogere (afschrijvings)kosten worden verdisconteerd in de kostengeoriënteerde tarieven. Volgens de NMa is “[d]e belangrijkste kostenpost van GTS haar netwerk. (...) De wijze waarop dat netwerk wordt gewaardeerd, is daarmee direct bepalend voor de hoogte van de tarieven.”¹⁹ De NMa had op 16 december 2008 een besluit genomen over (berekenningsmethode van) de kostengeoriënteerde tarieven die GTS in rekening mocht brengen op basis van de hogere waarde die was vastgesteld door de minister in haar beleidsregel. (Belangenorganisaties van) afnemers van de gastransportdiensten van GTS zijn tegen die besluiten in beroep gegaan bij het CBb. Op 29 juni jl. oordeelde het CBb dat de parameters die de minister had vastgesteld in haar beleidsregel “berusten op een politieke afweging teneinde financiële ruimte te scheppen voor investeringen van GTS in het belang van de voorzieningszekerheid en ter realisering van de zogenoemde gasronde. Het [CBb] is van oordeel dat de Minister met de vastlegging van de concrete parameters van de kapitaallasten van GTS, inbreuk heeft gemaakt op de zelfstandige en onafhankelijke oordeelsvorming die verweerder – als het aangewezen zelfstandig bestuursorgaan met de vereiste specifieke deskundigheid – ingevolge artikel 82, tweede en vierde lid, van de Gaswet bij de vaststelling van het methodebesluit en de doelmatigheidskorting voor GTS toekomt. De vastlegging van bedoelde parameters behelst in wezen het geven van aanwijzingen aan verweerder met betrekking tot een beslissing in een individueel geval, hetgeen de wetgever blijkens de (...) parlementaire geschiedenis van artikel 5d [Mw] nu juist heeft willen voorkomen. (...) Het [CBb] is op grond van het voorgaande van oordeel dat de Beleidsregel in strijd is met artikel 5d [Mw] in verbinding met artikel 82, tweede en vierde lid, van de Gaswet.”²⁰

waarde van die aandelen was op 1 januari 2005 vastgesteld op € 2.76 miljard (Kamerstukken II 2004-2005, 28 109, Herstructurering Gasgebouw, nr. 7). Als 50% van de aandelen in het netwerkbedrijf € 2.76 miljard waard zijn, zou de waarde van het gasnetwerk op die datum tweemaal zoveel waard zijn: € 5,52 miljard.

17 De NMa verklaarde dat verschil in haar brief van 4 juni 2008 aan de minister van Economische Zaken waarin zij reageert op de concept beleidsregel ‘Toets Beleidsregel art. 82 Gaswet’ als volgt. “De in de Beleidsbrief gekozen benadering leidt tot een waardering van het landelijk gastransportnet van 6,376 miljard euro op 1 januari 2005. De methode die de Raad altijd hanteert leidt tot een waarde van circa 5 miljard euro. Dit verschil is terug te leiden op twee zaken: de gekozen indexatie, en het opnemen van activa die eerder onterecht als operationele kosten zijn verantwoord.”

18 Het producentenprijsindexcijfer (PPI), de gastransport index, prijsindexcijfers Grond-, Water- en Wegenbouw (GWW) van het CBS en vanaf 1/1/05 CPI.

19 Brief van de NMa van 4 juni 2008 aan de minister van Economische Zaken waarin zij reageert op de concept-beleidsregel ‘Toets Beleidsregel art. 82 Gaswet’.

20 College van Beroep voor het bedrijfsleven 29 juni 2010, EnergieNed en VEMW vs. NMa en Gas Transport Services B.V., LJN: BM9470, r.ov. 6.2.4.

Overigens vernietigde het CBb op diezelfde dag ook de besluiten van de NMa omtrent de transporttarieven voor landelijke transmissie-netbeheer²¹ en regionaal distributienetbeheer,²² zij het op volledig andere gronden dan (schending van) art. 5d Mw.

In een reactie op de uitspraak van het CBb geeft de NMa aan dat – zoals was te verwachten – zij “tevreden [is] dat er nu duidelijkheid is geschapen over de bevoegdheidsverdeling” tussen haar en de minister.²³

De uitspraak van het CBb maakt wat mij betreft duidelijk dat aan art. 5d Mw belang toekomt en dus geen dode letter is. De vraag die overblijft, is wat precies het verschil is tussen bijzondere aanwijzingen (in individuele gevallen) die de minister niet mag geven en (algemene) beleidsregels die wel mogen worden gegeven. Het CBb lijkt twee elementen van belang te vinden. Allereerst lijkt het in de GTS-zaak van belang dat het om één onderneming gaat. Een aanwijzing omtrent regulering van de activiteiten van die onderneming is dan al een individuele aanwijzing. In de tweede plaats onderstreept het CBb dat het om de ‘vastlegging van specifieke parameters’ gaat, waarvoor de NMa als ZBO reeds de vereiste specifieke deskundigheid in huis heeft. Betekent dat simpelweg dat de minister geen enkele aanwijzing zou mogen geven waar het de regulering betreft van één onderneming, of dient de minister zich te onthouden van te gedetailleerde/concrete beleidsregels ten aanzien van die ene onderneming? Met andere woorden: is het de minister toegestaan algemene parameters te geven voor één onderneming? Of is dat per definitie een individuele aanwijzing? Als dat laatste het geval is, zal de minister zich dienen te onthouden van welke beleidsregel dan ook waar het de regulering van één onderneming betreft, bijvoorbeeld Schiphol,²⁴ ProRail,²⁵ en GTS²⁶ door de NMa en KPN – waar het het vaste telefonienetwerk betreft – door de OPTA.²⁷ Het wat mij betreft bevredigende gevolg van een dergelijke redenering is dat wanneer er meer dan één netwerkeigenaar/-beheerder is, zoals bijvoorbeeld voor het elektriciteitsnetbeheer,²⁸ de minister wél zulke gedetailleerde/concrete parameters mag vaststellen, aangezien er dan geen sprake meer is van individuele gevallen. Dat zal ook het geval zijn bij het Loodswezen²⁹ en – in de toekomst naar alle waarschijnlijkheid ook – bij de levering van warmte aan kleinverbruikers.³⁰

Andersom blijft het de vraag of de minister ten aanzien van de waardering van het gastransportnet van GTS wel

21 College van Beroep voor het bedrijfsleven 29 juni 2010, Liander N.V. en TenneT TSO B.V. vs. NMa LJN: BM9471.

22 College van Beroep voor het bedrijfsleven 29 juni 2010, Westland Infra Netbeheer B.V., Enexis B.V., Liander N.V., Endinet Regio Eindhoven B.V., Stedin B.V., N.V. Rendo, Netbeheer Nederland, Delta Netwerkbedrijf B.V. vs. NMa, LJN: BM9474.

23 Persbericht van de NMa van 29 juni 2010: ‘Jaap de Keijzer reageert op CBb-uitspraken over de methodiek van regulering’.

24 Art. 8.25d Wet Luchtvaart.

25 Art. 62 Spoorwegwet.

26 Art. 12f Gaswet.

27 De evenknie van art. 5d Mw is art. 19 van de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit.

28 Art. 37 Elektriciteitswet 1998.

29 Art. 27a e.v. Loodsenwet.

30 Art. 3 lid 3 van het wetsvoorstel Warmtewet, Kamerstukken II 2002-2003, 29 048, nr. 2, p. 2.

algemenere beleidsregels zou hebben mogen vaststellen; bijvoorbeeld, dat de NMa een indexatiemethode dient te hanteren waardoor GTS de nodige investering kan (blijven) doen in het netwerk, zonder de specifieke indices voor te schrijven? Dat was immers de politieke en dus beleidsmatige keuze die ten grondslag lag aan de concrete waarderingsmethode. Wat mij betreft dienen algemene beleidsregels ten aanzien van één onderneming, zoals GTS, maar dan zonder té concreet te worden wat betreft manier van uitvoering daarvan, als een onder art. 5d Mw geoorloofde beleidsregel te worden beschouwd.

Van de huidige beleidsregels, betreft één specifiek TenneT als beheerder van het landelijke hoogspanningsnet teneinde te kunnen voldoen aan langetermijncontracten met Electricité de France, Preussen Elektra A.G. en Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen A.G.³¹ In het licht van de CBB-uitspraak zouden deze beleidsregels ook als een verboden bijzondere aanwijzing kunnen worden aangemerkt. Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat deze aanwijzing dateert van vóór de

ZBO-status van de NMa, toen kon de minister op basis van art. 6 Elektriciteitswet 1998 (oud) wel bijzondere aanwijzingen geven voor zowel de regulering onder die wet als onder de Gaswet. Die mogelijkheid is komen te vervallen op 1 juli 2005 toen de NMa ZBO werd.³² Ik meen overigens te moeten concluderen dat deze aanwijzing betreffende TenneT reeds op een andere grond onrechtmatig is. Het Hof van Justitie oordeelde in zaak C-17/03, VEMW³³ dat die aanwijzing zoals de toenmalige DTE die had uitgevoerd in de zogenaamde Netcode in strijd was met richtlijn 96/92/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit.³⁴

De NMa heeft de zaak omtrent het gastransporttarief verloren, maar zij – of wellicht beter: de energie- en vervoerkamer – zal aan (zelfstandige) beleidsvrijheid winnen waar het de regulering van oude monopolisten betreft. Op het gebied van het generieke mededingingsrecht zal de minister beleidsregels kunnen blijven stellen; die betreffen immers niet één onderneming.

WG

31 Beleidsregels vaststellen voorwaarden bedoeld in art. 31 Elektriciteitswet 1998 (Stcrt. 2000, 134).

32 *Reparatiewet NMa-ZBO* (Stb. 2005, 326 en 327). Aangezien de wijzigingswetgeving bij de omvorming van de NMa tot ZBO geen overgangsrecht bevat, ga ik er van uit dat deze bijzondere aanwijzing dan ook geen gelding meer kan hebben na invoering van art. 5d Mw op 1 juli 2005.

33 *Arrest van het HvJ van 7 juni 2005 in zaak C-17/03, Vereniging voor Energie, Milieu en Water* (Jurispr. 2005, p. I-4983).

34 *Richtlijn van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit* (PB 1997, L 27/20).