

Datum uitspraak: 20-07-2009

Datum publicatie: 06-08-2009

Rechtsgebied: Bestuursrecht overig

Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie: Gaswet

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 07/518, 07/519 en 07/520 20 juli 2009
18400

Uitspraak in de zaken van:

1. Delta Energy B.V. en Delta Pipe B.V., te Middelburg (hierna gezamenlijk: Delta), appellanten in zaak 07/518,

gemachtigde: mr. drs. J.E. Janssen, advocaat te Amsterdam,

2. Zebra Gasnetwerk B.V., te Bergen op Zoom (hierna: Zebra), appellante in zaak 07/519,

gemachtigde: mr. P.J. Kreijger, advocaat te Amsterdam,

3. Essent N.V. en Essent Energy Trading N.V., te Arnhem respectievelijk Eindhoven, (hierna: gezamenlijk Essent), appellanten in zaak 07/520,

gemachtigde mr. I. Brinkman, advocaat te Rotterdam,

tegen

de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, verweerder,

gemachtigde: mr. I.C.E. Anemaat, werkzaam bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

1. De procedure

Delta, Zebra en Essent hebben bij brieven van 27 maart 2007, bij verweerder ingekomen op respectievelijk 28 maart 2007, 27 maart 2007 en 27 maart 2007, op nader aan te voeren gronden bezwaarschriften ingediend tegen het besluit van verweerder van 15 februari 2007, verzonden op gelijke datum.

Bij dit besluit heeft de directeur van de Directie Toezicht Energie (hierna: DTe) namens verweerder een bindende aanwijzing als bedoeld in artikel 60, tweede lid, Gaswet gegeven aan Zebra.

In hun bezwaarschriften hebben appellanten verweerder verzocht om in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter op grond van artikel 7:1a van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

Bij brieven van 8 mei 2007 hebben appellanten de gronden van hun bezwaren ingediend.

Bij besluit van 13 juli 2007 heeft verweerder ingestemd met het verzoek om rechtstreeks beroep. Bij brief van 16 juli 2007, ontvangen op 18 juli 2007, heeft verweerder de bezwaarschriften vervolgens ter behandeling als beroepschrift doorgezonden naar het College.

Bij brief van 14 september 2007 heeft verweerder de op de beroepszaken betrekking hebbende

stukken en een verweerschrift ingediend.

Op 2 april 2009 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij appellanten en verweerder bij monde van hun gemachtigden hun standpunten nader hebben toegelicht. Namens Zebra zijn tevens inlichtingen gegeven door ing. G. de Kok MPT en namens verweerder door mr. A.S.M.L. Prompers.

2. De grondslag van het geschil

2.1 In de preambule bij Verordening (EG) nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten (hierna: de Verordening) is onder meer als volgt overwogen:

" (1) Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van

26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (3) heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de totstandbrenging van een interne markt voor gas. Het is nu nodig te zorgen voor structurele wijzigingen van het regelgevende kader om de resterende belemmeringen voor de voltooiing van de interne markt, met name met betrekking tot de handel in gas, aan te pakken. Er zijn bijkomende technische regels nodig, met name betreffende derdentoegangsdiensten, principes voor het capaciteitsallocatiemechanisme, congestiebeheersprocedures en transparantie-eisen.

(...)

(5) Hogedrukpijpleidingen die plaatselijke distributeurs met het gasnet verbinden en die niet in de eerste plaats voor lokale aardgasdistributie worden gebruikt, vallen onder het toepassingsgebied van deze verordening."

De Verordening luidt voorts als volgt.

" Artikel 2

Definities

Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities:

1. „transmissie”: het transport van aardgas door een net dat vooral bestaat uit hogedrukpijpleidingen, met uitzondering van een upstreampijpleidingnet en van het gedeelte van hogedrukpijpleidingen dat in de eerste plaats voor lokale aardgasdistributie wordt gebruikt, met het oog op de beleving van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen;
2. (...)
4. „ongebruikte capaciteit”: de vaste capaciteit die een netgebruiker op grond van een transportcontract heeft verworven, maar op het moment van het contractueel vastgelegde aflopen van de termijn niet heeft genomineerd;
5. (...)
6. „secundaire markt”: de markt van de niet op de primaire markt verhandelde capaciteit;
7. „nominatie”: het vooraf opgeven door de netgebruiker aan de transmissiesysteembeheerder van de werkelijke flow die hij wil invoeden op of onttrekken aan het systeem;
8. (...)
13. „afschakelbare capaciteit”: gastransmissiecapaciteit die door de transmissiesysteembeheerder kan worden afgeschakeld overeenkomstig de voorwaarden van het transportcontract;
14. (...)
18. „technische capaciteit”: de maximale vaste capaciteit die de transmissiesysteembeheerder aan de netgebruikers kan aanbieden, rekening houdend met de systeemintegriteit en de operationele eisen van het transmissienet;
19. „gecontracteerde capaciteit”: capaciteit die de transmissiesysteembeheerder aan een netgebruiker heeft gealloceerd door middel van een transportcontract;
20. „beschikbare capaciteit”: het deel van de technische capaciteit dat niet is gealloceerd en op een gegeven moment nog beschikbaar is voor het systeem;
21. „contractuele congestie”: een situatie waarbij het niveau van de vraag naar vaste capaciteit groter

is dan de technische capaciteit;

22. „primaire markt”: de markt van de direct door de transmissiesysteembeheerder verhandelde capaciteit;

23. „fysieke congestie”: een situatie waarbij op een bepaald tijdstip het niveau van de vraag naar werkelijke leveringen groter is dan de technische capaciteit.

2. (...)

Artikel 5

(....)

3. Wanneer transmissiesysteembeheerders nieuwe transportcontracten afsluiten of nieuwe onderhandelingen over bestaande transportcontracten voeren, wordt in deze contracten rekening gehouden met de volgende principes:

a. in geval van contractuele congestie biedt de transmissiesysteembeheerder ongebruikte capaciteit op de primaire markt aan, ten minste op "day-ahead"-basis en afschakelbaar;

b. netgebruikers die hun ongebruikte gecontracteerde capaciteit op de secundaire markt willen doorverkopen of – verhuren, hebben daartoe het recht. De lidstaten kunnen kennisgeving of informatieverstrekking aan de transmissiesysteembeheerder door de netgebruikers verlangen.

4. Wanneer capaciteit die krachtens bestaande transportcontracten gecontracteerd is, ongebruikt blijft en zich contractuele congestie voordoet, passen de transmissiesysteembeheerders lid 3 toe tenzij daardoor inbreuk zou worden gemaakt op de eisen van de bestaande transportcontracten. Indien daardoor inbreuk zou worden gemaakt op bestaande transportcontracten, richten de transmissiesysteembeheerders een verzoek tot de netgebruiker om, in overleg met de bevoegde instanties, overeenkomstig lid 3, ongebruikte capaciteit op de secundaire markt te gebruiken."

Artikel 2.2, onderdeel 1 van de "Richtsnoeren betreffende principes die ten grondslag liggen aan het mechanisme voor capaciteitsallocatie en de procedures voor congestiebeheer in geval van contractuele congestie (bijlage bij de Verordening, hierna: Richtsnoeren)" luidt als volgt:

" 2.2 Procedures voor congestiebeheer in geval van contractuele congestie

1. Ingeval gecontracteerde capaciteit niet wordt gebruikt, stellen de transmissiesysteembeheerders deze capaciteit op afschakelbare basis beschikbaar op de primaire markt via contracten van verschillende duur, mits deze capaciteit door de relevante netgebruiker (capaciteitshouder) niet tegen een redelijke prijs wordt aangeboden op de secundaire markt."

De Gaswet luidt, voor zover in deze zaak van belang, als volgt:

" Artikel 10

1. Een netbeheerder (...) heeft tot taak zijn gastransportnet (...) op economische voorwaarden in werking te hebben, te onderhouden en te ontwikkelen op een wijze die de veiligheid, doelmatigheid en de betrouwbaarheid van dat gastransportnet of die installatie en van het transport van gas waarborgt en het milieu ontziet.

2. Een netbeheerder (...) verstrekt aan:

a. andere netbeheerders, gasopslagbedrijven en LNG-bedrijven voldoende informatie om te waarborgen dat het transport en de opslag van gas met behulp van zijn gastransportnet, onderscheidenlijk zijn gasopslaginstallatie of zijn LNG-installatie, en de daarmee verbonden gastransportnetten op een veilige en doelmatige wijze kan plaatsvinden, en

b. gebruikers van het gastransportnet of de installatie alle gegevens die zij nodig hebben voor een efficiënte toegang tot het net of de installatie.

3. (...)

4. Bij de toepassing van het eerste tot en met het derde lid onthouden gasbedrijven als bedoeld in het

eerste lid zich van iedere vorm van discriminatie tussen gebruikers van de gastransportnetten of de installaties.

Artikel 14

1. Behoudens artikel 15 is een netbeheerder verplicht, in voorkomend geval tezamen met een verwant bedrijf, degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde gastransportnet en van een of meer installaties van het verwante bedrijf ten behoeve van de verzoeker transport van gas en de dat transport ondersteunende diensten te verrichten tegen een tarief alsmede tegen voorwaarden die in overeenstemming zijn met de artikelen 12f of 12g, 81c of 82.
2. (...)

Artikel 15

1. Onverminderd artikel 5, eerste lid, van de verordening, kan een netbeheerder (...), weigeren het transport van gas (...) of dat transport (...) ondersteunende diensten te verrichten indien:
 - a. binnen zijn gastransportnet (...) geen capaciteit beschikbaar is voor het transport van de desbetreffende hoeveelheid gas (...) dan wel in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij alle capaciteit beschikbaar stelt;
 - b. het verrichten van het beoogde transport (...) of van de dat transport of die activiteiten ondersteunende diensten hem (...) zou verhinderen zijn in de artikelen 10, 10a, 42 en 54a en hoofdstuk 2 bedoelde taken te vervullen of
 - c. de netbeheerder beschikt over een daartoe strekkende ontheffing als bedoeld in artikel 16, eerste lid, of het bedrijf een aanvraag daartoe heeft ingediend en daarop nog niet is beslist.
2. Een weigering als bedoeld in het eerste lid is met redenen omkleed.

Artikel 60

1. De werkzaamheden in verband met de uitvoering van artikel 19, eerste en tweede lid, worden verricht door personen die niet betrokken zijn bij werkzaamheden op grond van hoofdstuk 2, paragrafen 2.2 en 2.3.
2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan bindende aanwijzingen geven in verband met de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet en van de verordening. (...)

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- De Zebra gaspijpleiding is aan het eind van de vorige eeuw aangelegd op basis van een overeenkomst van samenwerking tussen de rechtsvoorgangster van Delta Pipe B.V. en de vennootschappen in de groep van Essent N.V.. De pijpleiding is aangelegd als alternatief voor en aanvulling op het hogedruk gasleidingennet dat wordt beheerd door Gas Transport Services. Zebra is aangewezen als netbeheerder in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Gaswet. Zebra heeft overeenkomsten gesloten voor een periode van 21 jaar op basis waarvan nagenoeg de volledige transportcapaciteit van de leiding is gereserveerd voor Delta Energy B.V. (één derde deel) respectievelijk Essent Energy Trading B.V. (twee derde deel).
- Op grond van informatie dat verzoeken om transportcapaciteit van derden werden afgewezen, heeft verweerder overleg gevoerd met Zebra over de toegang van andere shippers tot de Zebra gaspijpleiding. Daarbij stelde Zebra zich op het standpunt dat de volledige transportcapaciteit voor langere duur is gecontracteerd en dat er geen ongebruikte capaciteit resteert. Verzoeken om transportcapaciteit werden doorverwezen naar respectievelijk Delta en Essent, die eventueel konden besluiten om een deel van de gecontracteerde transportcapaciteit beschikbaar te stellen aan derden.
- Bij brief van 13 juni 2006 heeft verweerder aan appellanten het voornemen kenbaar gemaakt om een bindende aanwijzing te geven als bedoeld in artikel 60, tweede lid, Gaswet. Appellanten zijn in de

gelegenheid gesteld om binnen vier weken schriftelijk hun zienswijze over het voornemen kenbaar te maken.

- Op 13 juli 2006 is ten kantore van verweerder een hoorzitting gehouden, bij gelegenheid waarvan appellanten, alsmede enkele andere partijen, hun schriftelijke zienswijze mondeling hebben toegelicht.

- Vervolgens heeft verweerder het bestreden besluit genomen.

3. Het bestreden besluit

Verweerder heeft de bestreden bindende aanwijzing, samengevat, doen steunen op de volgende overwegingen.

Zebra is netbeheerder in de zin van de Gaswet. Ook is de Verordening op Zebra van toepassing, aangezien op het netwerk sprake is van transmissie zoals gedefinieerd in artikel 2, eerste lid, onderdeel 1 van de Verordening. Op grond van artikel 10, eerste lid, Gaswet dient Zebra als doelmatig opererende netbeheerder het netwerk zo volledig mogelijk te (laten) gebruiken. Van fysieke congestie is geen sprake. Bij langdurige contractuele congestie dient Zebra op basis van de in de Gaswet en de Verordening neergelegde verplichtingen desgevraagd of uit eigen beweging ongebruikte capaciteit op de primaire markt aan derden beschikbaar te (laten) stellen. Zij dient op basis van permanente gegevens over de beschikbare capaciteit tijdig de shippers te benaderen indien gecontracteerde capaciteit deels ongebruikt wordt gelaten. Bij beëindiging of tussentijdse wijziging van de afgesloten contracten moet Zebra zorgen voor een transparante en niet-discriminatoire verdeling, en rekening houden met de uitgangspunten van artikel 5, derde lid, van de Verordening inzake congestiebeheer en capaciteitsallocatie. Zebra heeft geen inzicht in het gebruik van de gecontracteerde capaciteit en kan dus niet tijdig signaleren dat capaciteit beschikbaar is. Zij moet echter de netgebruikers tijdig informatie verschaffen over het daadwerkelijke gebruik, over tarieven en prijzen en voorwaarden voor transport en over de wijze waarop capaciteit wordt toegewezen. Aangezien Zebra haar standpunt niet uit eigen beweging zal aanpassen, is een bindende aanwijzing een passend instrument om voor de toekomst duidelijkheid te scheppen over de taken en plichten van Zebra. Het bestreden besluit moet worden gezien als een verduidelijking van de verplichtingen die uit de Gaswet en de Verordening voortvloeien.

Op grond van deze overwegingen heeft verweerder in het bestreden besluit de volgende opdrachten aan Zebra gegeven:

" 1. Zebra voldoet aan haar taak genoemd in artikel 10 van de Gaswet en artikel 5, vierde lid, van de Verordening door zelf de daadwerkelijke benutting van de technische capaciteit te registreren, inclusief de ongebruikte capaciteit, en zorgt ervoor dat de totale technische capaciteit zo efficiënt en maximaal mogelijk wordt gebruikt. Zebra verzoekt de huidige leveranciers tijdig om de ongebruikte capaciteit beschikbaar te stellen voor de secundaire markt tegen redelijke prijzen en voorwaarden. Indien de huidige leveranciers de ongebruikte capaciteit niet zelf tegen redelijke prijzen en voorwaarden op de secundaire markt aanbieden terwijl daar wel vraag naar is, stelt Zebra de capaciteit zelf beschikbaar. Zebra zorgt ervoor dat de capaciteit houder daarvoor een redelijke vergoeding ontvangt;

2. Bij heronderhandeling of na afloop van de huidige overeenkomsten met de leveranciers biedt Zebra de totale technische transportcapaciteit aan met inachtneming van artikel 10, vierde lid, artikel 12b, tweede lid, van de Gaswet en artikel 5 van de Verordening;

3. Zebra stelt zowel uit eigener beweging als desgevraagd tijdig informatie beschikbaar over de benutting van de totale technische capaciteit, inclusief de ongebruikte capaciteit, aan gebruikers van het gastransportnet als bedoeld in artikel 10, lid 2 van de Gaswet, artikel 6 van de Verordening en Hoofdstuk 3 van de Richtsnoeren. De daarvoor benodigde organisatorische en administratieve aanpassingen (zoals aanpassing van haar website en algemene voorwaarden) zijn binnen vier weken na dagtekening van dit besluit gerealiseerd;

4. Zebra voldoet aan haar taak genoemd in artikel 14 van de Gaswet door desgevraagd een aanbod tot

het verrichten van transport te doen, en daarbij aan te geven onder welke voorwaarden en tarieven zij dat doet. Hierbij hanteert Zebra indien zij verzoeken om transport afwijst uitsluitend de weigeringsgronden die de Gaswet noemt in artikel 15;

5. Zebra voert overeenkomstig artikel 17a van de Gaswet de wisseling van leverancier uit indien een afnemer daarom verzoekt;
6. Zebra past haar procedures en werkwijzen aan de Verordening en de Gaswet aan;
7. Zebra rapporteert aan de directeur DTe voor de duur van een jaar na dagtekening van dit besluit over de uitvoering van dit besluit als volgt:
 - a. Zebra zendt onverwijld een kopie van elk door haar ontvangen transportverzoek en verzoek om wisseling van leverancier;
 - b. Zebra zendt een kopie van de door haar gegeven reactie mee en geeft aan welke tarieven en voorwaarden Zebra heeft gesteld;
 - c. Zebra draagt daarbij gegevens aan over de afnemer, de leverancier, de hoeveelheid en de duur van de periode van het transport;
 - d. Zebra geeft aan of deze hoeveelheid eerder aan deze afnemer is geleverd en zo ja in welke periode(n);
 - e. Bij een afwijzing van het transportverzoek of verzoek om een wisseling van leverancier geeft Zebra aan op welke van de in artikel 15 van de Gaswet genoemde gronden dat is gebeurd en onderbouwt dat."

4. Het standpunt van appellanten

In beroep hebben appellanten aangevoerd dat de Zebra-rijpleiding, anders dan het landelijke transmissienet dat wordt beheerd door Gas Transport Services B.V. (hierna: GTS), geen openbaar transmissienet is en derhalve niet onder de werkingssfeer van de Verordening valt. Mede onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis hebben appellanten gesteld dat de pijpleiding uitsluitend wordt gebruikt voor gasdistributie in Zeeland en West-Brabant, en dat deze dus alleen een regionale functie heeft. Maar zelfs indien de Verordening van toepassing zou zijn, dan biedt deze geen basis of rechtvaardiging voor het doorkruisen van eigendomsrechten en afgesloten contracten. Verder hebben appellanten zich op het standpunt gesteld dat het systeem van de Gaswet geen basis biedt voor de eerste twee opdrachten van de bindende aanwijzing. Samengevat voeren zij hiertoe aan dat de van toepassing zijnde wettelijke voorschriften er niet aan in de weg staan dat verzoeken om capaciteit worden geweigerd op grond van de overweging dat deze capaciteit is gecontracteerd, maar niet werkelijk wordt gebruikt. Het principe "use it or lose it" is niet in de wet neergelegd. De capaciteit op de Zebra pijpleiding is verdeeld volgens het principe "first come, first served". Uitgangspunt van artikel 15, eerste lid, aanhef en onder a, van de Gaswet is dat bestaande overeenkomsten worden gerespecteerd. De Gaswet noch de Verordening staan inbreuken op bestaande contracten toe. Aan Zebra zijn nooit aanwijzingen gegeven over het beschikbaar stellen van capaciteit. Het is aan de netgebruikers om eventueel de gecontracteerde, maar ongebruikte capaciteit te verhandelen. Verder is van de kant van appellanten gesteld dat de Gaswet geen grondslag biedt voor het door verweerder gemaakte onderscheid tussen gebruikte en ongebruikte capaciteit, een onderscheid dat bovendien geen recht doet aan de economische realiteit. De niet-genomineerde capaciteit wordt doorgaans wel degelijk benut, bijvoorbeeld voor het opvangen van fluctuaties in de werkelijke invoeding en afname op de Zebra-rijpleiding teneinde de druk op de leiding en de ononderbroken levering van gas te kunnen garanderen ("linepack"). In de visie van appellanten is er dan ook geen sprake van structureel ongebruikte capaciteit die voor verhandeling op de secundaire markt in aanmerking komt. Daarnaast acht Zebra de aan haar opgelegde resultaatsverplichting onuitvoerbaar, omdat zij gelet op de bestaande contracten niet kan garanderen dat capaciteit beschikbaar is.

Delta en Essent hebben zich verder op het standpunt gesteld dat de bestreden bindende aanwijzing zich niet verdraagt met artikel 1, eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de

rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) alsmede artikel 14 Grondwet, aangezien door het ontnemen van contractueel vastgelegde capaciteit inbreuk wordt gemaakt op bestaande eigendomsrechten. Aan de voorwaarden om deze inbreuk te rechtvaardigen wordt volgens deze appellanten niet voldaan.

Tenslotte hebben Delta en Essent aangevoerd dat de in geding zijnde bindende aanwijzing zich in een aantal opzichten niet verdraagt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het besluit is genomen zonder dat verweerder zich voldoende rekenschap heeft gegeven van alle relevante feiten en de in geding zijnde belangen. Zo is niet in ogenschouw genomen dat de pijpleiding door de direct betrokkenen is aangelegd zonder verplichting of druk van de overheid, en dat daartoe grote investeringen zijn gedaan. Verder is het besluit onvoldoende zorgvuldig voorbereid en worden Delta en Essent opgezadeld met potentieel een grote en onherstelbare schadepost.

5. Het standpunt van verweerder

In het verweerschrift heeft verweerder zich, samengevat, op het standpunt gesteld dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de ontvankelijkheid van Delta en Essent, omdat de bindende aanwijzing zich niet tot hen richt, terwijl deze voor Delta en Essent evenmin een belemmering oplevert om desgewenst de gecontracteerde transportcapaciteit volledig te benutten. Het belang van Delta en Essent als investeerders loopt parallel met dat van Zebra en het is derhalve de vraag in hoeverre zij als zodanig rechtstreeks bij het bestreden besluit zijn betrokken. Het belang van Delta en Essent als netgebruikers is mogelijk uitsluitend gelegen in de contractuele relatie met Zebra.

In de visie van verweerder volgt uit artikel 10 Gaswet juncto artikel 5, derde en vierde lid, van de Verordening dat Zebra als gasnetbeheerder verplicht is om in geval van contractuele congestie de eventueel onbenutte transportcapaciteit op de markt aan te bieden indien de netgebruikers dit niet zelf doen. De Zebra-lijn is een transmissienetwerk in de zin van artikel 2, eerste lid, aanhef en onder 1, van de Verordening en geen distributienet, omdat het niet (uitsluitend) voor lokale distributie fungeert en bovendien niet is aangesloten op afnemers maar op andere hoogcalorische druknetten. Uit gegevens van Zebra zelf blijkt dat een groot deel van de beschikbare capaciteit onbenut blijft. Zebra is echter zelf niet bereid om een rol te spelen in het congestiebeheer. Volgens verweerder is er geen sprake van een inbreuk op bestaande contracten omdat ongebruikte capaciteit alleen op afschakelbare basis beschikbaar hoeft te worden gesteld; Delta en Essent kunnen de beschikbare capaciteit te allen tijde zelf gebruiken of doorverkopen. Ook kunnen Delta en Essent de ongebruikte capaciteit te zijner tijd inzetten met het oog op de levering van gas aan de Sloecentrale en de Amercentrale en komt deze levering door de bindende aanwijzing dus niet in gevaar. Linepack is volgens verweerder een onderdeel van de capaciteit die nodig is voor het handhaven van de systeemintegriteit. Het maakt geen onderdeel uit van de technische capaciteit in de zin van de Verordening. Linepack kan als buffercapaciteit worden geboekt waarna het in mindering komt op de technische capaciteit. Het standpunt van appellanten dat verweerder hiermee geen rekening houdt is onjuist.

Er is volgens verweerder geen sprake van een ontneming van eigendomsrechten. De bindende aanwijzing reguleert hoogstens het gebruik van het eigendomsrecht. Bij heronderhandeling of na afloop van de contractduur moet de totale capaciteit op eerlijke, niet-discriminerende en transparante manier worden aangeboden en verdeeld. Dit volgt uit artikel 5, derde lid, van de Verordening.

Verweerder bestrijdt dat uit de artikelen 14 en 15 van de Gaswet voortvloeit dat bestaande contracten ten grondslag mogen worden gelegd aan de weigering capaciteit aan derden beschikbaar te stellen.

Artikel 15, eerste lid, Gaswet is gebaseerd op de Gasrichtlijn en moet terughoudend worden uitgelegd, in die zin dat transportcapaciteit alleen kan worden geweigerd indien geen capaciteit beschikbaar is voor transport van de desbetreffende hoeveelheid gas, dan wel indien in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de netbeheerder alle capaciteit beschikbaar stelt. Een beroep op capaciteitsgebrek zal moeten worden toegelicht, omdat de regeling anders zijn doel voorbijschiet.

Weliswaar hebben Delta en Essent zich in beginsel bereid verklaard om een deel van de capaciteit terug te geven aan Zebra, opdat Zebra tegemoet kan komen aan verzoeken van derden om transport,

maar daarbij zijn zodanige voorwaarden gesteld en slagen om de arm gehouden dat dit niet als een structurele oplossing kan worden gezien, aldus verweerder.

6. De beoordeling van het geschil

6.1 Het College zal eerst ingaan op de vraag of Delta en Essent door de bestreden bindende aanwijzing rechtstreeks in hun belang zijn getroffen.

6.2 De bindende aanwijzing, die is weergegeven in paragraaf 3 van deze uitspraak, is gericht tot Zebra. De aanwijzing heeft evenwel in dit geval gevolgen voor Delta en Essent die niet louter uit hun contractuele relatie met Zebra voortvloeien. In hun hoedanigheid van transporteurs en leveranciers van gas worden hun door tussenkomst van Zebra evenzeer verplichtingen opgelegd. Zo dienen zij volgens de bindende aanwijzing op verzoek van Zebra ongebruikte capaciteit beschikbaar te stellen voor de secundaire markt tegen redelijke prijzen. Bovendien zijn de belangen van Delta en Essent gelet op hun hoedanigheid als investeerder, rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken omdat de verplichting om capaciteit beschikbaar te stellen gevolgen kan hebben voor het rendement op hun investering in de gaspijpleiding. Derhalve kan niet worden gesproken van een - volgens vaste rechtspraak tot niet-ontvankelijkverklaring leidende - situatie waarin niet meer dan een afgeleid belang aan de orde is. Delta en Essent worden door de bindende aanwijzing rechtstreeks in hun belang getroffen en kunnen derhalve als belanghebbende worden aangemerkt. Dit betekent dat zij, naast Zebra, in hun beroep kunnen worden ontvangen.

6.3 Appellanten hebben zich er op beroepen dat er geen basis is voor de bestreden bindende aanwijzing omdat de Zebra gaspijpleiding alleen voor lokale aardgasdistributie is bestemd en wordt gebruikt, en daarom geen netwerk voor transmissie in de zin van artikel 2, eerste lid, aanhef en onder 1, van de Verordening is. Dienaangaande overweegt het College als volgt.

6.3.1 Met de Verordening is blijkens de inleidende overwegingen beoogd om structurele wijzigingen in het regelgevende kader aan te brengen met het oog op de voltooiing van de interne markt voor gas. De nog resterende handelsbelemmeringen moesten zoveel mogelijk worden weggenomen. Hogedrukpijpleidingen die plaatselijke distributeurs met het gasnetwerk verbinden en die niet in de eerste plaats voor lokale aardgasdistributie worden gebruikt, vallen onder het toepassingsgebied van de Verordening.

6.3.2 Er is naar het oordeel van het College ruimte voor twijfel of de Zebraleiding een transmissienetwerk in de zin van de Verordening is. In de eerste plaats kan worden beredeneerd dat de Verordening niet bedoeld is voor de regulering van een situatie als zich hier voordoet. Het netwerk van Zebra is een door marktpartijen aangelegd concurrerend regionaal netwerk, naast het bestaande landelijke netwerk van GTS. De positie van GTS verschilt in belangrijke mate van die van Zebra. In het geval van het landelijke gasnetwerk kent de regulering als uitgangspunt dat geen infrastructuurconcurrentie mag worden verwacht en de landelijke netbeheerder derhalve aan een relatief strikte regulering wordt onderworpen. Van de kant van appellanten is niet ten onrechte betoogd dat de regels van de Verordening niet het effect mogen hebben dat zij investeringen in infrastructuur en concurrentie tussen gasnetwerken ontmoedigen. Maatregelen als voorgestaan door verweerder, die ingrijpen in de eigendom en contracteervrijheid van investeerders en netgebruikers, kunnen mogelijk een dergelijk effect hebben. Ten tweede is er ruimte voor twijfel of het gasnetwerk van Zebra in technisch opzicht wel in voldoende mate kan worden vergeleken met het landelijke gasnetwerk. Weliswaar is sprake van een hogedrukleiding, doch de stelling van verweerder dat de leiding van Zebra niet in de eerste plaats voor lokale gasdistributie wordt gebruikt, is van de kant van appellanten gemotiveerd weersproken. Zij hebben immers uitdrukkelijk gesteld dat de Zebraleiding alleen voor lokale distributie, met name aan de elektriciteitscentrales van Delta en Essent, wordt gebruikt, en geen directe verbinding heeft met het landelijke net. In de derde plaats moet worden vastgesteld dat verweerder in een aantal andere besluiten ervan is uitgegaan dat Zebra een regionale netbeheerder is. In dit verband kan worden gewezen op het Methodebesluit derde reguleringsperiode regionale netbeheerders (nr. 102449/167), waarin verweerder Zebra met zoveel woorden noemt als

beheerder van een fijnmazig regionaal gastransportnet.

6.3.3 Naar het oordeel van het College kan het antwoord op de vraag of de Zebraleiding een transmissienetwerk is en dientengevolge onder de werking van de Verordening valt niet worden gegeven zonder eerst prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EG, dan wel nadere technische voorlichting te vragen over de werking van het netwerk.

6.4 Wat hiervan echter zij, ook indien er van zou worden uitgegaan dat de Zebraleiding onder het toepassingsbereik van de Verordening valt, kleven er, naar het oordeel van het College gebreken aan het bestreden besluit die niet reparabel zijn. Daarom kan in het midden blijven of verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het Zebra gasnetwerk onder de werking van de Verordening valt.

6.4.1 Indien verweerder zou worden gevolgd in zijn standpunt dat de Zebraleiding een transmissienetwerk in de zin van de Verordening is, dient Zebra artikel 5, vierde lid, van de Verordening na te leven. Deze bepaling verplicht transmissiebeheerders in geval van bestaande transportcontracten tot toepassing van het derde lid in geval van contractuele congestie. Dat kan in de vorm van het aanbieden van ongebruikte gecontracteerde capaciteit op de primaire markt, op “one day ahead basis” en afschakelbaar. Deze verplichting geldt echter niet indien daardoor inbreuk zou worden gemaakt op de eisen van bestaande transportcontracten. In dat laatste geval richt de transmissiebeheerder een verzoek tot de netgebruiker om, in overleg met de bevoegde instanties, overeenkomstig het derde lid, ongebruikte capaciteit op de secundaire markt te gebruiken. De Verordening verplicht dan uitsluitend tot het doen van een verzoek aan de capaciteitshouders of zij capaciteit willen verkopen. Het gaat hier dus, anders dan bij nieuwe of te vernieuwen contracten, niet om verplichte levering van ongebruikte capaciteit.

6.4.2 Opdracht 1 van de bindende aanwijzing verplicht de huidige leveranciers echter om de ongebruikte capaciteit beschikbaar te stellen. Indien zij dat niet doen stelt Zebra de capaciteit zelf beschikbaar. Appellanten hebben terecht gesteld dat deze opdracht verder gaat dan de verplichting die uit artikel 5, vierde lid, van de Verordening voortvloeit in geval van bestaande contracten. Die bepaling verplicht zoals gezegd uitsluitend tot een verzoek aan de capaciteitshouders.

6.5 Evenmin bieden naar het oordeel van het College de bepalingen van de Gaswet een toereikende grondslag voor de onderdeel 1 van de bindende aanwijzing. Het College overweegt daartoe als volgt. Artikel 10, eerste lid, Gaswet legt verschillende, in algemene bewoordingen gestelde verplichtingen op aan de netbeheerder, zoals het op economische voorwaarden in werking hebben van het gastransportnet en het ontwikkelen van dat net op een wijze die de doelmatigheid van dat gastransportnet en van het transport van gas waarborgt. Voorts bevat het tweede lid een informatieverplichting van de netbeheerder aan onder meer de gasopslagbedrijven met het oog op (onder meer) een veilig en doelmatig gastransport. Deze bepalingen kunnen naar het oordeel van het College niet worden beschouwd als een toereikende grondslag voor het opleggen van de verplichting om in geval van contractuele congestie de ongebruikte capaciteit op de markt aan te bieden.

6.6 Die grondslag kan ook niet worden gevonden in artikel 15, eerste lid, aanhef en onder a, Gaswet. Op grond van die bepaling kan een netbeheerder immers weigeren het transport van gas te verrichten indien binnen zijn gastransportnet geen capaciteit beschikbaar is voor het transport van de desbetreffende hoeveelheid gas, dan wel in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij alle capaciteit beschikbaar stelt. Het College leidt hieruit af dat de gasnetbeheerder in beginsel de mogelijkheid heeft om een verzoek om transportcapaciteit af te wijzen, ook in situaties waarin niet alle gecontracteerde transportcapaciteit daadwerkelijk wordt benut, en er geen sprake is van fysieke congestie, hetgeen het geval is als de vraag groter is dan de technische capaciteit. Onderdeel 1 van de bindende aanwijzing verplicht Zebra tot het aanbieden van onbenutte transportcapaciteit en gaat dan ook verder dan de Gaswet in artikel 15, eerste lid, aanhef en onder a, voorschrijft. Het College neemt hierbij verder nog in aanmerking dat verweerder heeft erkend dat Delta en Essent de mogelijkheid hebben om capaciteit te gebruiken voor opslag, mits zij de desbetreffende capaciteit met dat doel nomineren. Verweerder kan dan ook niet staande houden dat de bindende aanwijzing uitsluitend een weergave is van

verplichtingen die reeds uit de wet voortvloeien, dan wel een verduidelijking van die verplichtingen inhoudt. De opdracht tot verplichte levering van gecontracteerde, maar niet gebruikte capaciteit gaat naar het oordeel van het College verder dan hetgeen volgt uit artikel 15 Gaswet. De bindende aanwijzing verdraagt zich in zoverre niet met deze wetsbepaling.

6.7 In het verweerschrift heeft verweerder zich nog beroepen op artikel 2.2, onderdeel 1, van de Richtsnoeren. Volgens verweerder is daarin met zoveel woorden neergelegd dat de netbeheerder de ongebruikte capaciteit op afschakelbare basis aan de primaire markt beschikbaar stelt, indien de netgebruikers tot wie het verzoek als bedoeld in artikel 5, vierde lid, van de Verordening zich richtte, de door hen niet gebruikte capaciteit niet zelf tegen een redelijke prijs aanbieden op de secundaire markt. Verweerder heeft hierin een bevestiging gezien voor hetgeen hij uit artikel 10 Gaswet en de Verordening (inclusief Richtsnoeren) heeft afgeleid. Naar het oordeel van het College ziet verweerder er echter aan voorbij dat artikel 10 Gaswet slechts in algemene bewoordingen is geformuleerd, en niet kan dienen als toereikende grondslag voor het opleggen van een concrete verplichting zoals bij het bestreden besluit is geschied. Verder heeft verweerder miskend dat het aangehaalde artikel van de Richtsnoeren uitsluitend betrekking heeft op artikel 5, derde lid, van de Verordening, en niet mede op het vierde lid ziet. De Richtsnoeren beogen dus niet om af te wijken van het in de Verordening neergelegde uitgangspunt dat bestaande contracten worden gerespecteerd.

6.8 Op grond van opdracht 2 van de bindende aanwijzing is Zebra verplicht om bij heronderhandeling of na afloop van de huidige overeenkomsten met de leveranciers de totale technische transportcapaciteit aan te bieden met inachtneming van de artikelen 10, vierde lid en artikel 12b, tweede lid, Gaswet en artikel 5 van de Verordening. Naar het oordeel van het College kan Zebra echter niet worden verplicht om in geval van heronderhandelingen de totale transportcapaciteit aan te bieden, ten minste niet voor zover dat in strijd is met de contracten die geen voorwerp van heronderhandeling vormen. Ook in dit opzicht gaat de bindende aanwijzing verder dan de verplichtingen die uit de Verordening voortvloeien. Met name verdraagt dit onderdeel van de bindende aanwijzing zich niet met artikel 5, vierde lid, van de Verordening, dat bestaande contracten respecteert.

6.9 Uit de bezwaarschriften kan worden afgeleid dat de bezwaren van appellanten met name zijn gericht tegen de onderdelen 1 en 2 van de bindende aanwijzing, die in het vorenstaande zijn besproken en ten aanzien waarvan de conclusie wordt getrokken dat zij niet in stand kunnen blijven. Tegen de overige onderdelen zijn geen specifieke bezwaren aangevoerd behoudens een door Zebra aangevoerde grief tegen onderdeel 3. Het College is evenwel van oordeel dat de in de bindende aanwijzing gegeven opdrachten een dusdanige samenhang vertonen dat de overige onderdelen, gegeven het hiervoor weergegeven oordeel met betrekking tot de onderdelen 1 en 2, evenmin kunnen worden gehandhaafd.

6.10 Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat de beroepen gegrond zijn. Het bestreden besluit dient te worden vernietigd.

6.11 Het College ziet aanleiding om verweerder te veroordelen in de kosten die door appellanten in verband met deze procedure zijn gemaakt. Daarbij zijn, gelet op de bepalingen van het Besluit proceskosten bestuursrecht, voor elk van de appellanten 2 punten toegekend (1 punt voor het indienen van een (als beroepschrift in behandeling genomen) bezwaarschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting van het College; € 322,- per punt). Het gewicht van de zaak is bepaald op zwaar (wegingsfactor 1,5). Het bedrag dat verweerder dient te vergoeden is aldus berekend op drie maal € 966,-.

7. De beslissing

Het College

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- veroordeelt verweerder in de kosten van deze procedure aan de zijde van appellanten, vastgesteld op

E09123-TB9.063

€ 966,-

(zegge: negenhonderdzesenzestig euro) voor elk van hen, te vergoeden door verweerder;

- bepaalt dat verweerder het door appellanten betaalde griffierecht, te weten drie maal

€ 285,- (zegge: tweehonderdvijfentachtig euro), vergoedt;

- wijst af het meer of anders gevorderde.

Aldus gewezen door mr. C.M. Wolters, mr. H.O. Kerkmeester en mr. C.J. Waterbolk, in tegenwoordigheid van mr. I.C. Hof als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 20 juli 2009.

w.g. C.M. Wolters

w.g. I.C. Hof