

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Procedurenummer 104007

Zitting: 10 april 2012 om 9.30 uur

MONDELINGE ZIENSWIJZE

Westland Infra Netbeheer B.V.

Gemachtigden: mr. drs. B.M.M. Weiffenbach en mr. R. Voogt

Geachte Raad,

Inleiding

- 1 Westland Infra Netbeheer B.V. ("Westland Infra") maakt graag gebruik van de mogelijkheid om haar zienswijze te geven op het ontwerpbesluit voor het gewijzigd Methodebesluit NE5R (het "Ontwerpbesluit"). Westland Infra kan zich, zo zal u niet verbazen, niet verenigen met het Ontwerpbesluit, aangezien (i) de Raad de aanzienlijke belangen van Westland Infra in het Ontwerpbesluit heeft genegeerd, (ii) het Ontwerpbesluit in strijd is met het Europees recht en de wettelijke bepalingen van de Elektriciteitswet 1998 ("E-wet") en (iii) het Ontwerpbesluit het fundament van de tariefregulering ondermijnt. De in het Ontwerpbesluit voorgestelde methode leidt er toe dat netbeheerders met meer dan gemiddelde invoeding van decentraal opgewekte elektriciteit ("DCO"), zoals Westland Infra, te lage inkomsten uit gereguleerde tarieven verkrijgen en netbeheerders met minder dan gemiddelde DCO te hoge inkomsten uit gereguleerde tarieven verkrijgen (waarbij het geen marginale maar significante verschillen betreft). Netbeheerders worden op basis van de in het Ontwerpbesluit gehanteerde methode dus niet op gelijke wijze gestimuleerd om hun efficiëntie te verbeteren en hebben geen gelijke kansen op het behalen van een redelijk rendement. Westland Infra zou daardoor niet in staat zijn om haar efficiënte kosten voor het

faciliteren van DCO terug te verdienen. Het probleem van DCO wordt namelijk in het Ontwerpbesluit niet opgelost.

- 2 Problemen zijn er echter om opgelost te worden. Het wonderlijke is dat in dit geval voor alle betrokkenen - de wetgever, de toezichthouder en de energiesector zelf - duidelijk is dat (de in het geval van Westland Infra zeer omvangrijke) invoedingskosten die worden veroorzaakt door DCO, op adequate wijze vergoed dienen te worden om recht te doen aan de doelstellingen van de tariefregulering in de E-wet. Het probleem is dus door alle betrokkenen onderkend. Dat is al enige tijd zo, want in de vierde reguleringsperiode speelde dit probleem ook al en werd een tijdelijke en geïmproviseerde oplossing hiervoor gevonden. In het nu nog van kracht zijnde Methodebesluit voor de vijfde reguleringsperiode (het "Methodebesluit") is er een meer structurele oplossing gezocht en gevonden door DCO op te nemen in de 'samengestelde output' ("SO"), maar deze oplossing werd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBb") in de strijd met de E-wet geacht. Ook het CBb ziet echter blijkens de tussenuitspraak van 16 december 2011 (de "Tussenuitspraak") wel in dat het een probleem betreft dat opgelost moet worden. Het CBb draagt de Raad daarom op om zich opnieuw te beraden op de vraag of DCO mogelijk een objectiveerbaar regionaal verschil ("ORV") vormt - waardoor vergoeding van deze kosten aan onder meer Westland Infra in de vijfde reguleringsperiode mogelijk wordt gemaakt - en welke betekenis aan het al dan niet aanmerken als ORV toekomt voor de wijzigingen die de Raad in het methodebesluit aanbrengt (zie rechtsoverweging 4.4.5 van de Tussenuitspraak). Het CBb laat dus nadrukkelijk ruimte voor oplossingen, maar die ruimte wordt door de Raad ten onrechte onbenut gelaten, onder meer door geen nader onderzoek te doen naar DCO als ORV.
- 3 De Raad heeft er in het Ontwerpbesluit dus voor gekozen om geen adequate vergoeding voor de invoedingskosten van DCO toe te staan. Daarmee heeft de Raad dit probleem als 'niet oplosbaar' bestempeld en dus niet de verantwoordelijkheid genomen om dit probleem op te lossen. In plaats daarvan wijst de Raad naar de wetgever die volgens de Raad voor de enige 'passende oplossing', namelijk de invoering van een invoedingstarief voor DCO, zou kunnen en moeten zorgdragen. Deze vermeende oplossing zal volgens het geldende Europees recht echter nooit een oplossing kunnen bieden (waar ik later op terugkom) en zeker niet voor deze reguleringsperiode. Daarom dient het definitief vast te stellen methodebesluit een oplossing te bieden voor de invoedingskosten van DCO. Die oplossing is volgens Westland Infra gelegen in het van toepassing zijnde Europees

recht en de daarop geënte principes van de tariefregulering, zoals die zijn vastgelegd in de E-wet. In het Ontwerpbesluit gaat de Raad daar ten onrechte aan voorbij, waardoor het gehele reguleringsmodel zijn fundament dreigt te verliezen.

- 4 Hierna zal daarom worden betoogd dat het Ontwerpbesluit in strijd is met het geldend Europees recht en de E-wet. Op basis daarvan kan het Ontwerpbesluit niet in stand blijven en dient in het definitief vast te stellen methodebesluit een oplossing te worden gevonden voor het DCO probleem. Westland Infra is van oordeel dat er - binnen het Europees recht, de E-wet en de bevoegdheden van de Raad - verschillende oplossingen mogelijk zijn, maar dat de oplossing waarbij de DCO wordt gekwalificeerd als een ORV het meest voor de hand lijkt te liggen, omdat deze oplossing het beste aansluit bij het huidige systeem van tariefregulering in de E-wet en alle daarvoor noodzakelijke analyses en onderzoeken al zijn uitgevoerd. In het kader van deze mondelinge toelichting op de zienswijze van Westland Infra en omwille van de tijd beperkt Westland Infra zich vandaag tot de hoofdlijnen. Alles wat hierna wordt gezegd zal meer onderbouwd en uitgebreider worden uitgewerkt in de schriftelijke zienswijze van Westland Infra die de Raad nog zal ontvangen en waarin meer gedetailleerd de bezwaren van Westland Infra tegen het Ontwerpbesluit zullen worden uiteengezet.

Europees recht

- 5 De Europese Raad heeft 25 juni 2009 unaniem het zogenaamde 'derde pakket' aangenomen, een samenhangend pakket van maatregelen om de werking van de energiemarkten te verbeteren en bevorderen. Onderdeel van dit pakket zijn de verordening (EG) 714/2009 ('Verordening') en de Richtlijn 2009/72/EG ('Derde Elektriciteitsrichtlijn') die beide op 13 juli 2009 zijn vastgesteld. Ik vraag uw aandacht voor deze Verordening en de Derde Elektriciteitsrichtlijn, omdat in beide duidelijke doelstellingen zijn vermeld met betrekking tot de tariefregulering van netbeheerders. De bepalingen van de Verordening die in dit verband relevant zijn, luiden als volgt:

"1. De door netbeheerders gehanteerde tarieven voor nettoegang moeten [...] een afspiegeling vormen van de werkelijk gemaakte kosten voor zover deze overeenkomen met die van een efficiënte en structureel vergelijkbare netbeheerder [...]."

2. Wanneer passend, worden in het op producenten en/of consumenten van toepassing zijnde tarief locatiespecifieke signalen op communautair niveau ingebouwd en wordt rekening gehouden [...] met de investeringskosten voor infrastructuur.”¹

- 6 Aangezien de Verordening rechtstreekse werking heeft, doet Westland Infra een direct beroep op deze bepalingen. Zo blijkt uit het eerste lid dat de tarieven een afspiegeling moeten vormen van de werkelijk gemaakte kosten, wat betekent dat ook de DCO invoedingskosten tot uitdrukking moeten komen in de tarieven en niet zomaar mogen worden genegeerd (waar ik later op terugkom). Daarnaast volgt uit het tweede lid dat er rekening dient te worden gehouden met de investeringskosten voor infrastructuur, hetgeen een directe verwijzing naar een ‘redelijk rendement’ is, aangezien netbeheerders anders geen kapitaal kunnen aantrekken om de benodigde investeringen te financieren. Dit wordt bevestigd door de Nederlandse wetgever in de Memorie van Toelichting (‘MvT’) behorend bij het concept wetsvoorstel van 26 januari 2012 tot wijziging van de E-wet en Gaswet (wijzigingen voortvloeiend uit het Energierapport 2011), dat recent door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie ter consultatie aan marktpartijen is voorgelegd. In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld om het belang van het behalen van een redelijk rendement expliciet op te nemen in de E-wet. De wetgever motiveert dit als volgt:

“De wet bepaalt nu nog impliciet dat de belangen van voorzieningszekerheid, duurzaamheid en het behalen van een redelijk rendement op investeringen worden meegewogen bij de totstandkoming van de tarieven. [...] Met de voorgestelde wijziging wordt het beoordelingskader voor de vaststelling van de tarieven verduidelijkt. Voor netbeheerders is [...] het kunnen realiseren van een redelijk rendement op deze investeringen van groot belang voor een gezonde bedrijfsvoering. Voorgesteld wordt om dit belang in de wet op te nemen in lijn met Europese regels (verordeningen [...] 714/2009/EG) die [...] een redelijk rendement op investeringen als element noemen.”

- 7 De belangrijkste bepaling van de Derde Elektriciteitsrichtlijn in verband met het behalen van een redelijk rendement is opgenomen in artikel 37, zesde lid, onderdeel a van de

¹ Artikel 14, eerste en tweede lid van de Verordening.

Derde Elektriciteitsrichtlijn. Hierin is bepaald dat de tarieven of methode het mogelijk maken *"dat de noodzakelijke investeringen in de netten op een zodanige wijze worden uitgevoerd dat deze investeringen de levensvatbaarheid van de netten kunnen waarborgen"*. Dat met de verwijzing naar de *"levensvatbaarheid van de netten"* wordt bedoeld op een redelijk rendement wordt bevestigd in de betreffende bepaling van de voorloper van de Derde Elektriciteitslijn - dat wil zeggen artikel 23, tweede lid, onderdeel a van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn 2003/54/EG van 26 juni 2003 - waarin staat dat de tarieven of methode het mogelijk maakt *"dat de noodzakelijke investeringen in de netwerken op een zodanige wijze worden uitgevoerd, dat zij de rentabiliteit van de netwerken waarborgen."* Gelet op deze expliciete verwijzing naar de *"rentabiliteit van de netwerken"* moet worden aangenomen dat het uitgangspunt dat netbeheerders in staat moeten worden gesteld om een 'redelijk rendement' te behalen altijd al was verankerd in de Europese energieregelgeving, welk beleid met de Verordening en de Derde Elektriciteitsrichtlijn wordt bestendigd. Daarbij wijst Westland Infra erop dat naast de Verordening ook aan de Derde Elektriciteitsrichtlijn rechtstreekse werking toekomt, aangezien deze richtlijn (i) uiterlijk op 3 maart 2011² in Nederlandse wetgeving diende te zijn geïmplementeerd - wat op dit moment nog niet is gebeurd - en (ii) de hiervoor aangehaalde norm een onvoorwaardelijk karakter heeft en voldoende precies is. Ook het CBb bevestigt overigens in rechtsoverweging 4.2.2 van de Tussenuitspraak *"dat netbeheerders in staat moeten worden gesteld om de kosten (inclusief een redelijk rendement) terug te verdienen die zij moeten maken voor de uitoefening van hun wettelijke taken."*

- 8 Daarnaast bepaalt artikel 37, achtste lid van de Derde Elektriciteitsrichtlijn dat de methode dient te voorzien in een passende stimulans voor netbeheerders om hun efficiëntie te verbeteren. Dat binnen de thans voorgestelde methode netbeheerders met meer dan gemiddelde invoeding te lage inkomsten uit de gereguleerde tarieven verkrijgen en netbeheerders met minder dan gemiddelde invoeding te hoge inkomsten uit de gereguleerde tarieven verkrijgen (waarbij het geen marginale maar significante verschillen betreft), maakt duidelijk dat netbeheerders niet op gelijke wijze worden gestimuleerd om hun efficiëntie te verbeteren. Van een passende stimulans als bedoeld in artikel 37, achtste lid van de Derde Elektriciteitsrichtlijn is derhalve geen sprake. Bovendien is dit in strijd met het hiervoor geciteerde artikel 14, eerste lid van de

² Zie artikel 49, eerste lid van de Derde Elektriciteitslijn.

Verordening dat voorschrijft dat de tarieven een afspiegeling dienen te vormen van de werkelijk gemaakte kosten (voor het faciliteren van DCO). Dit maakt duidelijk dat de Raad niet kan volstaan met de thans voorgestelde methode, maar alsnog met een oplossing dient te komen die recht doet aan voornoemde bepalingen en principes.

Strijdigheid met Europees recht en de E-wet

- 9 Het is communis opinio dat volgens het Europees recht en de E-wet iedere netbeheerders op gelijke wijze in staat moet worden gesteld om een redelijk rendement te kunnen behalen (althans voor zover de bedrijfsvoering efficiënt is). Om die reden is het voor iedereen duidelijk dat er binnen het tariefstelsel een oplossing moet worden gevonden voor de vergoeding van de invoedingskosten die worden veroorzaakt door DCO (die in het geval van Westland Infra zeer omvangrijk zijn). Helaas staat het Ontwerpbesluit een vergoeding van deze kosten vanwege allerlei (vermeende) wetstechnische bezwaren niet toe. Dat leidt ertoe dat het Ontwerpbesluit in strijd is met het Europees recht, in het bijzonder de artikelen uit de Verordening en de Derde Elektriciteitsrichtlijn die hierboven zijn geciteerd. Nu de Verordening en Derde Elektriciteitsrichtlijn van hogere orde zijn dan de E-wet zelf of de toelichting daarop (waarop het huidige tariefstelsel en het Ontwerpbesluit zijn gebaseerd), zijn de (vermeende) wetstechnische bezwaren in de E-wet die de Raad opvoert, alleen al om die reden niet valide. De overwegingen in randnummers 47a en volgende van het Ontwerpbesluit die volgens de Raad tot de conclusie (in randnummer 47s) leiden dat binnen het huidige tariefstelsel geen oplossing mogelijk zou zijn voor de DCO invoedingskosten, zijn daarom onjuist en onverbindend wegens strijd met het Europees recht en dienen als zodanig buiten toepassing te worden gelaten. Het Ontwerpbesluit kan daarom geen stand houden en dient op deze punten te worden aangepast. Op grond van geldend Europees recht staat er dus niets aan in de weg om een oplossing in het definitief vast te stellen methodebesluit op te nemen, waardoor Westland Infra haar aandeel in de invoedingskosten van DCO alsnog vergoed krijgt. Op deze wijze wordt tevens recht gedaan aan de doelstellingen van de tariefssystematiek in de E-wet.

Tussenuitspraak van het CBb

- 10 Ook de Tussenuitspraak is in dit licht eigenlijk niet meer relevant, omdat daarbij geen rekening is gehouden met de rechtstreekse werking van de Derde Elektriciteitsrichtlijn en de Verordening. Zou daarmee wel rekening zijn gehouden, dan zou de vermeende strijdigheid met de artikelen 29 en 41b van de E-wet niet leidend zijn geweest bij het nemen van een beslissing, omdat Europese regelgeving van hogere orde het in de Tussenuitspraak aan het kostenveroorzakingsbeginsel gegeven primaat zodanig zou hebben gerelativeerd dat het huidige Methodebesluit niet in strijd zou zijn geacht met de E-wet. Afgezien van het feit dat Westland Infra van oordeel is dat de Tussenuitspraak op onjuiste veronderstellingen - zoals de veronderstelling dat de kosten van DCO in het verleden niet aan de afnemers van elektriciteit werden doorbelast (terwijl dat natuurlijk wel zo is) - en een onjuiste (door Rendo naar voren gebrachte) analyse van de wetshistorie van de artikelen 29 en 41b van de E-wet is gebaseerd (en om die reden anders zou dienen te worden geïnterpreteerd), is dit een zelfstandige reden om de (interpretatie van de) Tussenuitspraak niet leidend te laten zijn voor de inhoud van het Ontwerpbesluit. De Raad doet precies het tegenovergestelde; hij interpreteert de Tussenuitspraak in randnummer 47n van het Ontwerpbesluit zo restrictief dat volgens deze interpretatie zelfs de toepassing van een ORV voor DCO principieel onmogelijk zou zijn. Westland Infra zal in haar schriftelijke zienswijze een analyse geven van de wetshistorie van de artikelen 29 en 41b van de E-wet en dit punt nader toelichten. Gelet op de tijd, volstaat voor deze mondelinge toelichting dat de stelling van de Raad in randnummer 47s van het Ontwerpbesluit - dat het aanmerken van DCO als ORV in strijd zou zijn met het kostenveroorzakingsbeginsel en artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet - onjuist is, onder meer omdat deze stelling in strijd is met Europese regelgeving en de doelstellingen van artikel 41 van de E-wet, namelijk "bevorderen van de doelmatige bedrijfsvoering", "geen rendement hoger dan in het economisch verkeer gebruikelijk" en "bevorderen van de gelijkwaardigheid in de doelmatigheid". Deze doelstellingen zijn de kern van de tariefregulering in de E-wet en hebben daarom een centrale positie in ieder methodebesluit. Wanneer deze doelstellingen niet in het definitief vast te stellen methodebesluit worden gehonoreerd (en het kostenveroorzakingsbeginsel een hogere rang zou mogen innemen, hetgeen uitdrukkelijk door Westland Infra wordt betwist), dan zou het gehele tariefstelsel van de E-wet zijn fundament kwijt raken. Anders dan het CBb veronderstelt in zijn Tussenuitspraak zitten de invoedingskosten van DCO immers al jaren in de

tariefsystematiek en werden deze kosten altijd al vergoed via de transportafhankelijke afnemerstarieven. Indien het kostenveroorzakingsbeginsel leidend zou zijn en deze kosten niet meer bij afnemers in rekening mogen worden gebracht, dan zou dit leiden tot de absurde situatie dat de invoedingskosten van DCO in zijn totaliteit niet meer voor vergoeding in aanmerking komen, dus ook niet zoals nu is bepaald in het Ontwerpbesluit.

De oplossing van een invoedingstarief voor DCO is geen oplossing

- 11 Zoals in de inleiding is weergegeven, wijst de Raad in het Ontwerpbesluit naar de wetgever voor een 'passende oplossing' met betrekking tot de invoedingskosten van DCO. Deze passende oplossing zou volgens randnummer 47s van het Ontwerpbesluit bestaan uit de invoering van een invoedingstarief vanaf de zesde reguleringsperiode. Dit ontslaat de Raad echter niet van de plicht om op basis van de huidige regelgeving met een oplossing te komen voor de vijfde reguleringsperiode. Afgezien daarvan wijst Westland Infra erop dat de invoering van een invoedingstarief hoe dan ook geen oplossing biedt. De mogelijkheid van een invoedingstarief is gegeven in artikel 29, eerste lid van de E-wet. De invoering ervan is echter nooit doorgevoerd, omdat dit alleen in Europees verband kan worden gedaan teneinde geen concurrentienadeel te creëren voor Nederlandse producenten ten opzichte van buitenlandse producenten. Dat is ook de reden waarom het landelijk uniform producententarief ("LUP") in het verleden op nul is gesteld. In de Verordening 838/2010 van 23 september 2010 wordt dat ook onderkend en wordt in artikel 10 bepaald dat de interne markt niet mag worden ondermijnd doordat voor producenten van elektriciteit verschillende tarieven gelden voor de toegang tot het transmissiesysteem. Om die reden moeten volgens deze bepaling de gemiddelde tarieven voor toegang tot het netwerk in de lidstaten binnen een marge worden gehouden die mede waarborgt dat de voordelen van harmonisatie worden verwezenlijkt. Deze marge is volgens Bijlage B bij laatstgenoemde Verordening vastgesteld op een bandbreedte die is gelegen op 0 en 0,5 euro/MWh. Daarmee staat vast dat het invoedingstarief voor hoogspanningsnetten in Nederland nooit meer zal mogen bedragen dan 0,5 euro/MWh. Ten aanzien van een eventueel invoedingstarief voor DCO op lagere spanningsnetten wordt in deze Verordening niets gezegd. Mede gelet op het verduurzamingsbeleid kan echter met zekerheid worden gesteld dat dit tarief nooit uit de pas mag lopen met het eerdergenoemde tarief om oneigenlijke discriminatie en benadeling van DCO te voorkomen (anders zou voor een windmolen meer moeten

worden betaald dan voor een kolencentrale). Om deze reden is het een feit dat het invoedingstarief voor DCO in Nederland nooit meer zal bedragen dan 0,5 euro/MWh, als het al wordt ingevoerd. Dat maximale invoedingstarief is echter verre van kostendekkend voor de invoedingskosten van DCO. Daarom moet worden geconcludeerd dat de oplossing die in het Ontwerpbesluit wordt genoemd, namelijk de invoering van een invoedingstarief, geen adequate oplossing is. Ook als een dergelijk laag invoedingstarief zou worden ingevoerd, zal de tariefssystematiek van de E-wet in alle redelijkheid nog steeds plaats moeten bieden aan de vergoeding van de daadwerkelijke invoedingskosten van DCO via de afnemertarieven om recht te doen aan het uitgangspunt dat netbeheerders aanspraak kunnen maken op een redelijk rendement.

De meest voor de hand liggende oplossing: een nieuwe ORV

- 12 Op grond van het gegeven dat de in het Ontwerpbesluit genoemde oplossing, te weten de invoering van een invoedingstarief voor DCO, geen oplossing biedt, zal een andere oplossing moeten worden gezocht binnen het tariefstelsel van de E-wet. Volgens Westland Infra is iedere oplossing principieel juist vanwege de hierboven besproken bepalingen uit het Europees recht. Om het huidige tariefstelsel zo min mogelijk te verstoren, lijkt het voor de hand te liggen daarbij zoveel mogelijk aan te sluiten bij het huidige systeem van het tariefstelsel. Om die reden en om de reden dat het CBb met de Tussenuitspraak eveneens in die richting wijst, acht Westland Infra de kwalificatie van DCO als een ORV een adequate en legitieme oplossing.
- 13 In randnummer 47n van het Ontwerpbesluit stelt de Raad dat DCO ten principale niet als ORV kan worden aangemerkt omdat de Raad de DCO niet ziet als een externe, buiten het net of invloedssfeer van de netbeheerder gelegen factor die voor eenzelfde cost driver verschillen in efficiënte kosten tussen netbeheerders veroorzaken. De Raad stelt in randnummer 47q van het Ontwerpbesluit dat zij niet bekend is met factoren die meebrengen dat het faciliteren van DCO bij de ene netbeheerder tot hogere efficiënte kosten zou leiden dan bij een andere netbeheerder. Westland Infra kan de Raad hier niet in volgen aangezien dit volledig in tegenspraak is met de overweging van de Raad in randnummer 156 van het Methodebesluit dat netbeheerders die te maken hebben met een meer dan gemiddelde DCO onder de huidige reguleringsystematiek niet in staat zijn om hun efficiënte kosten voor de DCO terug te verdienen. Hieruit volgt reeds dat zij

hogere efficiënte kosten hebben dan netbeheerders die te maken hebben met een (minder dan) gemiddelde DCO. In dit kader is significant dat op het door Westland Infra beheerde elektriciteitsnet meer dan twee keer zoveel invoeding als afname plaatsvindt. Bovendien bevestigt de Raad in randnummer 164 van het Methodebesluit dat netbeheerders hun infrastructuur moeten aanpassen indien de invoedingsvolumes het niveau van afname overstijgen, hetgeen tot extra kosten voor netbeheerders leidt. Op grond daarvan moet worden geconcludeerd dat de mate van DCO wel degelijk verschillen in efficiënte kosten tussen netbeheerders veroorzaakt. Ook is het niet het geval dat de DCO geen externe, buiten het net of invloedssfeer van de netbeheerder gelegen factor is, zoals het Ontwerpbesluit betoogt. De decentrale opwekking zelf wordt tenslotte door derden - dus buiten de invloedssfeer van de netbeheerder - gerealiseerd. Zonder deze decentrale opwekking zou ook geen invoeding van decentraal opgewekte elektriciteit hebben plaatsgevonden (die valt binnen het verplichte takenpakket van een netbeheerder). Als gevolg van een meer dan gemiddelde invoeding van DCO (zoals in het verzorgingsgebied van Westland Infra) zijn door de desbetreffende netbeheerder (waaronder Westland Infra) ingrijpende aanpassingen in de netconfiguratie doorgevoerd. Daarmee staat vast dat DCO wel degelijk een externe, buiten het net of invloedssfeer van de netbeheerder gelegen factor is. Westland Infra wijst in dit verband tevens op de parlementaire geschiedenis³ waarin 'netconfiguratie' expliciet als ORV wordt genoemd. De overwegingen in het Ontwerpbesluit zijn dus op dit punt onjuist, hetgeen een zelfstandige grond vormt waarom het Ontwerpbesluit geen stand kan houden. Al met al, is dit dus evenmin een reden voor de Raad om de DCO ten principale uit te sluiten als ORV.

- 14 Daarbij wijst Westland Infra erop dat de Raad ten onrechte niet heeft getoetst of DCO voldoet aan de door de Raad geformuleerde - en de verderop in deze zienswijze te bespreken - "Uitgangspunten bij de bepaling en verrekening van ORV's" zoals weergegeven in randnummer 226 t/m 231 van het Ontwerpbesluit. Het CBB wijst in zijn Tussenuitspraak immers duidelijk in de richting van de ORV. Bovendien heeft de Raad dat ook gedaan voor de factoren lokale heffingen, waterkruisingen en aansluitdichtheid, zoals beschreven in de randnummers 233 t/m 268 van het Ontwerpbesluit (zoals dat ook in het methodebesluit voor de vierde reguleringsperiode is gebeurd). DCO dient derhalve eveneens aan de hiervoor genoemde uitgangspunten te worden getoetst. Doet

³ Tweede Kamer 2001-2002, 28 174, nr. 8, p. 5.

de Raad dat niet dan handelt hij in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur, te weten het met gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel alsmede het rechtszekerheidsbeginsel dat voorschrijft dat regels consequent moeten worden toegepast. Daarnaast handelt de Raad in strijd met het vertrouwensbeginsel door in tegenstelling tot eerdere uitdrukkelijke toezeggingen geen oplossing te bieden voor het probleem van de invoedingskosten van DCO.

Uitgangspunten bij de toetsing van ORV's

- 15 Hiervoor werd al gesteld dat de Raad DCO dient te toetsen aan de door de Raad zelf geformuleerde uitgangspunten bij de bepaling van ORV's.⁴ Deze uitgangspunten betreffen, kort samengevat, de criteria of DCO voldoende substantieel, structureel en objectiveerbaar is om als ORV te kwalificeren en of ermee structureel en zonder terugwerkende kracht aan de wettelijke doelstellingen van de tariefssystematiek wordt bijgedragen. Westland Infra heeft in haar brief van 16 januari 2012 aan de Raad naar haar oordeel al aangetoond dat aan al deze uitgangspunten c.q. criteria wordt voldaan en er dus niets aan in de weg staat om DCO als ORV te kwalificeren. Omwille van de tijd zal Westland Infra die analyse hier niet herhalen, maar voor zover nodig nog nader toelichten in haar schriftelijke zienswijze.

Conclusie

- 16 Het Europese recht en de Nederlandse wet- en regelgeving staan niet toe dat het Ontwerpbesluit geen oplossing biedt voor de vergoeding aan Westland Infra van haar aanzienlijke invoedingskosten voor DCO. Dat is niet alleen in strijd met het Europees recht, maar ook met het fundament van de tariefssystematiek die is neergelegd in de E-wet. De Raad kan en mag dus niet stilzitten door in het Ontwerpbesluit geen oplossing hiervoor te bieden. De door de Raad gesuggereerde passende oplossing is geen oplossing, aangezien de invoering van een invoedingstarief het probleem niet zal verhelpen. Westland Infra kan zich daarom niet verenigen met het Ontwerpbesluit en is van oordeel dat het Ontwerpbesluit in strijd is met het Europees recht c.q. de E-wet. Het

⁴ Zie randnummers 226 t/m 231 van het Ontwerpbesluit.

definitief vast te stellen methodebesluit zal een oplossing moeten bieden, waarbij het Westland Infra om het even is hoe die oplossing wordt vormgegeven, want iedere oplossing kan rechtsgeldig worden onderbouwd door te verwijzen naar het Europees recht dat van hogere orde is. Het meest voor de hand liggend lijkt Westland Infra de oplossing waarbij DCO wordt gekwalificeerd als een nieuwe ORV. Dat sluit aan bij de uitgangspunten van het huidige tariefstelsel en past binnen de daarin gekozen systematiek, zoals ook impliciet al door het CBb in de Tussenuitspraak is aangegeven. Hoe dan ook, de argumenten die de Raad heeft aangevoerd om niet voor deze oplossing te kiezen, zijn niet valide. Het Ontwerpbesluit kan derhalve geen stand houden en dient zodanig te worden aangepast dat Westland Infra in staat wordt gesteld om de invoedingskosten van DCO inclusief een redelijk rendement vergoed te krijgen, omdat anders het fundament onder het gehele reguleringsmodel wegvalt.

Gemachtigden