

PER EMAIL: EK-regulering@nmanet.nl

PER FAX: 070 - 330 33 70

ALSMEDE PER KOERIER

Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit
Muzenstraat 81
2511 WB DEN HAAG

Amsterdam, 19 april 2012

Betreft: Zienswijze tegen ontwerpbesluit voor gewijzigd Methodebesluit NE5R

Uw kenmerk: 104007

Geachte Raad,

Namens regionaal netbeheerder Westland Infra Netbeheer B.V. ('Westland Infra') gevestigd te (2685 AP) Poeldijk aan de Nieuweweg 1, dienen wij hierbij een schriftelijke zienswijze in tegen het ontwerpbesluit voor het gewijzigde methodebesluit voor de vijfde reguleringsperiode regionale netbeheerders elektriciteit ('Ontwerpbesluit'). Tijdens de hoorzitting van 10 april jl. heeft Westland Infra reeds mondeling te kennen gegeven dat zij zich niet kan verenigen met het Ontwerpbesluit, omdat daarin geen adequate vergoeding aan Westland Infra wordt geboden voor het faciliteren van decentrale invoeding. In aanvulling daarop worden de bezwaren van Westland Infra in deze schriftelijke zienswijze verder uitgewerkt en nader onderbouwd.

Leeswijzer

Deze zienswijze is ingedeeld in vijf hoofdstukken, waarvan sommige hoofdstukken zijn onderverdeeld in paragrafen. In Hoofdstuk 1 legt Westland Infra in het kort uit wat het probleem is met decentrale invoeding en waarom het noodzakelijk is dat de Raad voorziet in een oplossing voor de huidige reguleringsperiode. Dit licht Westland Infra toe aan de hand van zowel Europese regelgeving als nationale regelgeving, die waarborgen dat netbeheerders in gelijke mate in staat moeten worden gesteld om een redelijk rendement te behalen. In

Hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de achtergronden en de betekenis van de artikelen 29 en 41b van de Elektriciteitswet 1998 ('E-wet'), welke bepalingen van belang zijn voor de interpretatie van de tussenuitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('CBB') van 16 december 2011 ('Tussenuitspraak') alsmede de mogelijke oplossingen voor de decentrale invoeding problematiek. In Hoofdstuk 3 wordt toegelicht dat de Raad de Tussenuitspraak naar het oordeel van Westland Infra te restrictief interpreteert en dat er - binnen de huidige wet- en regelgeving - ruimte bestaat voor de Raad om in de huidige reguleringsperiode een oplossing te bieden. In Hoofdstuk 4 zet Westland Infra uiteen dat de in het Ontwerpbesluit voorgestelde methode onrechtmatig is en derhalve niet in stand kan blijven. Daarnaast gaat Westland Infra in op mogelijke oplossingen, waaronder het aanmerken van decentrale invoeding als objectiveerbaar regionaal verschil ('ORV'), waarna deze zienswijze wordt afgesloten met een conclusie in Hoofdstuk 5.

1 Inhoudelijke en wettelijke context

1.1 Tariefregulering en decentrale invoeding

Uit het eerste Methodebesluit NE5R d.d. 26 augustus 2010 ('Methodebesluit') blijkt dat de Raad uitgebreid onderzoek heeft verricht naar de invloed van decentrale invoeding op het reguleringskader zoals dat gold tot en met de vierde reguleringsperiode.¹ Hieruit komt naar voren dat netbeheerders niet in staat zijn om hun efficiënte kosten voor het faciliteren van decentrale invoeding terug te verdienen inclusief een redelijk rendement. De Raad licht dit als volgt toe in randnummer 156 van het Methodebesluit:

"Omdat het faciliteren van decentrale invoeding een wettelijke taak is van de netbeheerder, maken de kosten van invoeding wel onderdeel uit van de op economische kosten gebaseerde maatstaf. Hierdoor krijgen de netbeheerders gezamenlijk wel de kosten voor invoeding vergoed. De volumes die deze kosten veroorzaken zijn echter geen onderdeel van de berekening van de samengestelde output, omdat er geen tarief en bijhorende tariefdragers voor invoeding bestaan. Daardoor wordt bij de toerekening van de efficiënte kosten per netbeheerder geen rekening gehouden met de hoeveelheid invoeding per netbeheerder en ontstaat een situatie waarbij voor netbeheerders met veel invoeding de efficiënte kosten te laag worden ingeschat, en voor netbeheerders met weinig invoeding de efficiënte kosten te hoog worden ingeschat. Netbeheerders met relatief veel invoeding krijgen zodoende te lage inkomsten uit gereguleerde tarieven en netbeheerders met relatief weinig invoeding krijgen te hoge inkomsten uit de gereguleerde tarieven."

¹ Zie randnummer 153.

De Raad heeft meermaals erkend dat er een structurele oplossing voor decentrale invoeding moet komen, maar in het Ontwerpbesluit geeft de Raad aan dat zij daar op dit moment geen mogelijkheden toe ziet om vervolgens in het geheel geen oplossing te bieden.² Daarmee miskent de Raad dat netbeheerders op grond van Europese regelgeving alsmede artikel 41 van de E-wet in gelijke mate in staat moeten worden gesteld om een redelijk rendement te behalen. De Raad kan derhalve niet volstaan met de thans voorgestelde methode, maar dient het Ontwerpbesluit zodanig aan te passen dat alsnog een (volledige) compensatie voor het faciliteren voor decentrale invoeding wordt geboden. Hetzij door één van de in het Methodebesluit³ besproken oplossingen toe te passen, hetzij door met een alternatieve oplossing te komen. Gelet op de Tussenuitspraak lijkt het echter voor de hand te liggen om decentrale invoeding als ORV aan te merken.

1.2 Oplossing decentrale invoeding problematiek is noodzakelijk

De aanleiding voor bovengenoemd onderzoek van de Raad is dat netbeheerders in het kader van de vaststelling van het methodebesluit voor de vierde reguleringsperiode te kennen hebben gegeven dat netbeheerders de kosten die zij moeten maken voor het faciliteren van (meer dan gemiddelde) decentrale invoeding, niet kunnen terugverdienen. Dit is door de Raad erkend in het methodebesluit voor de vierde reguleringsperiode, waarbij de Raad heeft aangegeven dat er een structurele oplossing voor de decentrale invoeding problematiek moet komen.⁴ Reeds in de vierde reguleringsperiode dreigde Westland Infra in financiële problemen te komen omdat zij te maken heeft met een extreme mate van decentrale invoeding, waarvoor zij investeringen heeft gedaan waar - op basis van de toenmalige methode - geen vergoeding tegenover stond. De Raad heeft destijds aan Westland Infra de toezegging gedaan zorg te dragen voor een structurele oplossing van de decentrale invoeding problematiek en een tijdelijke voorziening getroffen door voor Westland Infra een aangepast x-factorbesluit vast te stellen. Ook in dit x-factorbesluit benadrukt de Raad daarom dat een structurele oplossing voor de decentrale invoeding problematiek noodzakelijk is die al in de vierde reguleringsperiode zou kunnen worden ingezet.⁵ De aldus gewekte verwachtingen heeft de Raad echter niet waargemaakt en de toezeggingen dienaangaande zijn dus niet nagekomen.

De door de Raad noodzakelijke geachte oplossing leek alsnog te zijn gevonden door in het Methodebesluit decentrale invoeding op te nemen in de samengestelde output. In reactie op de Tussenuitspraak biedt de Raad in het Ontwerpbesluit echter opnieuw geen oplossing voor netbeheerders die te maken hebben met meer dan gemiddelde decentrale invoeding - zoals

² Zie randnummer 47j.

³ Zie randnummer 158.

⁴ Zie besluitnummer 102610_1/27 d.d. 29 augustus 2009, randnummer 307.

⁵ Besluitnummer 1026612_8/2, randnummer 14.

Westland Infra - die daardoor niet in staat zijn om hun efficiënte kosten terug te verdienen. Dit staat haaks op de eerdere uitlatingen van de Raad op basis waarvan Westland Infra er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de Raad voor de onderhavige reguleringsperiode een methode zou vaststellen die voorziet in een vergoeding voor meer dan gemiddelde decentrale invoedingskosten. Dit blijkt eens te meer uit de overweging⁶ van de Raad dat *"het belang van een herverdeling van inkomsten over netbeheerders ten gevolge van invoeding groot is"* alsmede het feit dat de Raad in het Methodebesluit aanvankelijk wel heeft voorzien in een oplossing door decentrale invoeding op te nemen in de samengestelde output. Door nu geen enkele oplossing voor de kosten van decentrale invoeding in het Ontwerpbesluit op te nemen, handelt de Raad dan ook in strijd met het vertrouwensbeginsel. Te meer omdat Westland Infra al zeer omvangrijke investeringen heeft gedaan ten behoeve van het faciliteren van decentrale invoeding. Daarnaast is de thans voorgestelde methode in strijd met Europese regelgeving en artikel 41 van de E-wet, zoals hierna zal worden toegelicht.

1.3 Europese regelgeving waarborgt een gelijk speelveld en een redelijk rendement

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. Zowel de Verordening als de Derde Elektriciteitsrichtlijn bevatten duidelijke doelstellingen 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."*⁷

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 decentrale invoedingskosten tot uitdrukking moeten komen in de tarieven en niet zomaar mogen worden genegeerd. 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

⁶ Zie reactie van de Raad op zienswijze 45 in randnummer 217 van Bijlage 3 bij het Methodebesluit.

⁷ Artikel 14, eerste en tweede lid van de Verordening.

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."

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 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 energiereggeving, 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 2011⁸ 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

⁸ Zie artikel 49, eerste lid van de Derde Elektriciteitslijn.

moeten worden gesteld om de kosten (inclusief een redelijk rendement) terug te verdienen die zij moeten maken voor de uitoefening van hun wettelijke taken."

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 - en dus het creëren van een 'level playing field' voor alle netbeheerders - is derhalve geen sprake. Bovendien is dit in strijd met het hiervoor geciteerde artikel 14, eerste lid van de Verordening dat voorschrijft dat de tarieven van een netbeheerder een afspiegeling dienen te vormen van de werkelijk gemaakte kosten (inclusief de kosten voor decentrale invoeding). 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. Dit volgt niet alleen uit het Europees recht maar ook uit de E-wet, zoals onderstaand nader zal worden toegelicht.

1.4 Ook de E-wet waarborgt een gelijk speelveld en een redelijk rendement

In lijn met de zojuist genoemde Europese regelgeving stelt de Nederlandse wetgever voorop dat netbeheerders in gelijke mate in staat moeten worden gesteld om een redelijk rendement te behalen. Dit blijkt uit de wettelijke doelstellingen die de wetgever blijkens artikel 41 van de E-wet - alsmede de parlementaire toelichting daarop - beoogt te bereiken met het systeem van tariefregulering, zoals de Raad toelicht in de Paragrafen 5.1 en 5.2 van het Ontwerpbesluit. Westland Infra wijst erop dat de thans voorgestelde methode in strijd is met de doelstelling "bevorderen doelmatigheid van de bedrijfsvoering" zoals vastgelegd in artikel 41, eerste lid van de E-wet, alsmede de doelstellingen "geen rendement hoger dan gebruikelijk" en "bevorderen gelijkwaardigheid in de doelmatigheid" zoals vastgelegd in artikel 41, derde lid van de E-wet.

Bevorderen doelmatigheid van de bedrijfsvoering

In randnummer 39 van het Ontwerpbesluit geeft de Raad aan dat netbeheerders in beginsel een redelijk rendement mogen behalen, dat wil zeggen een rendement dat niet hoger is dan in het economisch verkeer gebruikelijk. Door zijn bedrijfsvoering efficiënter in te richten dan op basis van de efficiëntiedoelstelling nodig is, kan de netbeheerder gedurende een reguleringsperiode een hoger rendement halen dan dit redelijk rendement. Aangezien netbeheerders dit hogere rendement gedurende de reguleringsperiode mogen behouden,

worden zij gestimuleerd om de doelmatigheid van hun bedrijfsvoering te vergroten, aldus de Raad. De wetgever en de Raad gaan er dus vanuit dat de netbeheerder alleen een hoger rendement dan een redelijk rendement kan behalen, door zijn bedrijfsvoering efficiënter in te richten. In de thans voorgestelde methode is daarvan echter geen sprake, aangezien netbeheerders die te maken hebben met minder dan gemiddelde decentrale invoeding extra inkomsten kunnen genereren zonder dat daar prestaties c.q. kosten tegenover staan. Er is derhalve geen sprake van een gelijk speelveld. Dit betekent dat deze netbeheerders een hoger rendement dan een redelijk rendement kunnen behalen zonder dat zij hun bedrijfsvoering efficiënter hoeven in te richten (en dus minder worden gestimuleerd dan door de wetgever is beoogd). Omgekeerd kunnen netbeheerders met meer dan gemiddelde decentrale invoeding hun bedrijfsvoering efficiënter inrichten zonder daarvoor te worden beloond met een hoger rendement dan een redelijk rendement dat zij mogen houden. Het kan zelfs zo zijn dat deze netbeheerders hierdoor een lager rendement dan een redelijk rendement behalen. Dat laatste zou in extreme mate gelden voor Westland Infra op basis van de methode die thans in het Ontwerpbesluit wordt voorgesteld. De facto leidt dit ertoe dat de efficiëntiedoelstelling voor netbeheerders met minder dan gemiddelde decentrale invoeding te laag wordt vastgesteld en voor netbeheerders met meer dan gemiddelde decentrale invoeding te hoog wordt vastgesteld. Op basis daarvan moet worden geconcludeerd dat er geen sprake is van een gelijk speelveld voor netbeheerders, hetgeen nu juist de bedoeling is van de tariefregulering zoals nader zal worden toegelicht aan de hand van de hierna te bespreken wettelijke doelstellingen.

Geen rendement hoger dan gebruikelijk

Uit artikel 41, derde lid van de E-wet blijkt dat de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering onder meer ten doel heeft te bereiken dat de netbeheerder in ieder geval geen rendement kan behalen dat hoger is dan in het economisch verkeer gebruikelijk is. Uit de parlementaire geschiedenis zoals aangehaald door de Raad in randnummer 31 van het Ontwerpbesluit blijkt dat de netbeheerder de kosten die hij moet maken ter uitvoering van zijn wettelijke taken moet kunnen terugverdienen (inclusief een redelijk rendement). Volgens de Raad is dit van belang omdat anders de kwaliteit, en daarmee de transportzekerheid van elektriciteit in gevaar komt.⁹ Dit wordt bevestigd in rechtsoverweging 4.2.2 van de Tussenuitspraak - zoals hiervoor al aan de orde kwam - waarin het CBb overweegt "*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.*" Het Ontwerpbesluit is derhalve in strijd met deze wettelijke doelstelling, aangezien Westland Infra op basis van de thans voorgestelde methode niet in staat is om een redelijk rendement te behalen. Bovendien worden netbeheerders met minder dan gemiddelde decentrale invoeding - zonder efficiënter te opereren - in staat gesteld om een rendement te halen dat hoger dan gebruikelijk is, hetgeen eveneens in strijd is met artikel 41, derde lid van de E-wet.

⁹ Zie randnummer 18 van het Ontwerpbesluit.

Bevorderen gelijkwaardigheid in de doelmatigheid

In randnummer 42 van het Ontwerpbesluit overweegt de Raad dat elke netbeheerder een even grote kans moet hebben om de efficiëntiedoelstelling te behalen, waarbij historische kostenverschillen en kostenverschillen als gevolg van ORV's geen rol mogen spelen. Zoals hiervoor aangegeven is van een gelijk speelveld echter geen sprake, aangezien netbeheerders geen gelijke kansen hebben op het behalen van de aan hen opgelegde efficiëntiedoelstelling. Dit wordt expliciet bevestigd door de Raad in de hiervoor geciteerde passage uit randnummer 156 van het Methodebesluit, waaruit blijkt dat netbeheerders met minder dan gemiddelde decentrale invoeding worden bevoordeeld en netbeheerders met meer dan gemiddelde decentrale invoeding worden benadeeld. De door de Raad voorgestelde methode is dan ook in strijd met artikel 41, derde lid van de E-wet die de gelijkwaardigheid in de doelmatigheid van de netbeheerders beoogt te waarborgen. Concreet betekent dit voor Westland Infra dat zij op grond van de E-wet verplicht is om investeringen te doen ten behoeve van decentrale invoeding zonder dat daar een vergoeding tegenover staat, hetgeen redelijkerwijs niet van haar kan worden gevergd en in strijd is met de doelstellingen die de wetgever met de tariefregulering beoogt te bereiken. In dit kader is van groot belang dat op het door Westland Infra beheerde elektriciteitsnet meer dan twee keer zoveel invoeding als afname plaatsvindt. Daarbij wijst Westland Infra erop dat op basis van het Methodebesluit een vergoeding is vastgesteld en toegekend van circa 11,9 miljoen euro in haar eindinkomsten 2013 voor de omvangrijke kosten (investeringen en operationele kosten) waarmee Westland Infra als gevolg van deze extreme mate van decentrale invoeding geconfronteerd wordt. Dit staat gelijk aan maar liefst 29% (!) van de eindinkomsten 2013 voor Westland Infra zonder deze vergoeding, die Westland Infra nu kwijt dreigt te raken op basis van het Ontwerpbesluit.

Het Ontwerpbesluit geeft er geen blijk van dat deze zeer nadelige gevolgen voor Westland Infra zijn meegewogen in de besluitvorming, hetgeen uiteraard wel is vereist en waar in het licht van de vierde reguleringsperiode ook alle aanleiding toe bestond. Daarbij wijst Westland Infra erop dat de zeer nadelige gevolgen die de thans voorgestelde methode voor haar zou hebben eenduidig onevenredig en disproportioneel zijn in verhouding tot de met een methodebesluit te dienen doelen, te weten "bevorderen doelmatigheid van de bedrijfsvoering", "geen rendement hoger dan gebruikelijk" en "bevorderen gelijkwaardigheid in de doelmatigheid" zoals hiervoor beschreven. Dit is niet alleen in strijd met artikel 41 van de E-wet, maar ook met het in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') gecodificeerde evenredigheidsbeginsel. Het Ontwerpbesluit kan derhalve niet in stand blijven.

Tussenconclusie

Uit het Europees recht en de E-wet volgt dat iedere netbeheerder op gelijke wijze in staat moet worden gesteld om een redelijk rendement te kunnen behalen (althans voor zover de bedrijfsvoering efficiënt is). Dit betekent dat de Raad op basis van haar bestaande bevoegdheden en met inachtneming van de hiervoor beschreven wettelijke doelstellingen van

artikel 41 van de E-wet een oplossing dient te bieden voor de vergoeding van de decentrale invoedingskosten (die in het geval van Westland Infra onbetwist zeer omvangrijk zijn). Het Ontwerpbesluit staat dus ten onrechte een vergoeding van deze kosten vanwege allerlei (vermeende) wetstechnische bezwaren niet toe. Het Ontwerpbesluit is daarmee in strijd 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 47c 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 decentrale 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 decentrale invoedingskosten alsnog vergoed krijgt. Op deze wijze wordt tevens recht gedaan aan de doelstellingen die de wetgever met tariefssystematiek in de E-wet beoogt te bereiken. Anders dan de Raad is Westland Infra van oordeel dat er op grond van de E-wet wel oplossingen mogelijk zijn, zoals onderstaand zal worden toegelicht.

2 De betekenis van de artikelen 29 en 41b van de E-wet

In randnummer 47s van het Ontwerpbesluit komt de Raad tot de conclusie dat het kostenveroorzakingsbeginsel meebrengt dat een invoedingstarief de enige passende oplossing is en dat het gebruik van het ORV-instrument zou leiden tot strijdigheid met artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet. In dit Hoofdstuk zet Westland Infra aan de hand van de parlementaire geschiedenis uiteen dat deze conclusie geen stand kan houden, aangezien deze conclusie is gebaseerd op een onjuiste uitleg van de artikelen 29 en 41b van de E-wet. Daartoe wordt achtereenvolgens ingegaan op 1) de achtergronden en betekenis van artikel 29 van de E-wet, 2) de op nul stelling van het Landelijk Uniform Producententarief ('LUP') die daar uit voortvloeit, en 3) de achtergronden en betekenis van artikel 41b van de E-wet.

2.1 De achtergronden en betekenis van artikel 29 van de E-wet

Toen de tekst van het huidige artikel 29 werd geïntroduceerd in de E-wet, stond deze tekst vermeld in artikel 25b van de toenmalige E-wet. In het wetsvoorstel werd er vanuit gegaan dat er enkel een transporttarief zou gelden voor de ontvangst van elektriciteit.¹⁰ In de MvT ten

¹⁰ Zie artikel 25b eerste en tweede lid van de E-wet, Tweede Kamer 1998-1999, 26 303, nr. 2, p. 6.

aanzien van artikel 25b tweede lid van de E-wet (het huidige artikel 29 tweede lid van de E-wet) is te lezen dat de wetgever afziet van een invoedtarief voor producenten, omdat kleinschalige elektriciteitsproductie op regionale netten hierdoor meer transporttarief zouden gaan betalen dan grootschalige productie-eenheden die op het landelijk net zijn aangesloten, hetgeen een ongewenste belemmering zou vormen voor de ontwikkeling van een vrije elektriciteitsmarkt. De Minister heeft dit toegelicht in de Nota naar aanleiding van het verslag¹¹ (waarnaar verderop in de zienswijze nog wordt verwezen). Daaruit blijkt dat de Minister als uitgangspunt hanteert dat producenten geen transporttarief betalen. Daarnaast geeft de Minister aan dat nader moet worden onderzocht of eventuele kostenbesparingen die het gevolg zijn van decentrale installaties kunnen worden doorgegeven aan de betreffende producenten, met de aantekening dat het systeem niet te ingewikkeld mag worden en dat ook goed naar de nadelen van een dergelijke aanpassing moet worden gekeken.

Vervolgens komt het door het CBb in rechtsoverweging 4.3.3 van de Tussenuitspraak aangehaalde amendement¹² over het invoeden van elektriciteit aan de orde, op grond waarvan (onder meer) de volgende vetgedrukte en onderstreepte passages aan artikel 25b, eerste en tweede lid van de E-wet respectievelijk worden toegevoegd en vervangen:

*"1. Het tarief waarvoor transport van elektriciteit zal worden uitgevoerd ten behoeve van afnemers, heeft betrekking op de ontvangst van elektriciteit door een afnemer, ongeacht de plaats van opwekking van de elektriciteit en van de aansluiting waar de elektriciteit op het Nederlandse net is gebracht, **of op het invoeden van elektriciteit door een afnemer, ongeacht de plaats van ontvangst van elektriciteit.***

*2. Het tarief, bedoeld in het eerste lid, wordt in rekening gebracht bij iedere afnemer **die een hoeveelheid elektriciteit ontvangt op zijn aansluiting die een aansluiting heeft op een net dat wordt beheerd door een netbeheerder.**"*

Anders dan waar het CBb in de Tussenuitspraak vanuit is gegaan, vloeit uit dit amendement echter niet voort dat ook producenten *moeten* betalen voor de transportkosten. Dit blijkt in de eerste plaats uit de Toelichting op het amendement, die luidt als volgt:

"Dit amendement maakt het mogelijk in de tariefstructuren te bepalen dat het transporttarief niet alleen bij eindverbruikers maar ook bij producenten in rekening wordt gebracht. Op deze wijze kan bij de vaststelling van het transporttarief rekening worden gehouden met de toe- of afname van transportkosten als gevolg van de aansluiting van een productie-eenheid op het net. Door het aansluiten van decentrale productie-eenheden op lagere spanningsniveaus behoeft namelijk minder elektriciteit van hogere spanningsniveaus te worden afgenomen, waardoor de totale

¹¹ Zie Tweede Kamer 1998-1999, 26 303, nr. 7, p. 35.

¹² Tweede Kamer 1998-1999, 26 303, nr. 18.

transportkosten afnemen.” (onderstreping in deze passage en volgende passages toegevoegd namens Westland Infra)

Het is van cruciaal belang om vast te stellen dat dit amendement het *mogelijk* maakt om een transporttarief bij producenten in rekening te brengen, maar dit geenszins verplicht. Dit wordt expliciet bevestigd in het Verslag van een wetgevingsoverleg¹³ waarin de indiener van het amendement, Kamerlid Crone, zijn amendement als volgt toelicht:

“Ik heb in het amendement in ieder geval vastgelegd dat ook de producent mee moet kunnen betalen. Dat was uitgesloten in het oorspronkelijke wetsvoorstel. Dat moet er dus in ieder geval in, anders kan het nooit. (...) Eigenlijk zou je dit natuurlijk in Europees verband moeten coördineren. Als wij tot aan de grens gratis stroom transporteren voor exporteurs en andere landen doen dat ook, dan is het speelveld gelijk. Als wij daar kosten voor rekening brengen en andere landen doen dat niet, dan is er geen gelijk speelveld. Zie wat Duitsland doet op dit punt. Ik vraag de minister dus of zij vorderingen ziet in de Europese coördinatie op dit punt. Ik wacht haar reactie op mijn amendement af.

Aldus blijkt dat Kamerlid Crone met zijn amendement enkel en alleen de mogelijkheid heeft willen scheppen dat ook bij producenten een transporttarief in rekening *kan* worden gebracht, waarbij ook Crone overigens oog heeft voor de internationale dimensie van het transporttarief (wat verderop bij de bespreking van het LUP nog aan de orde zal komen). Van een verplichting is echter geen sprake. In dit verband is het overigens opmerkelijk dat het CBb in de Tussenuitspraak verwijst naar pagina 20 van dit Verslag van een wetgevingsoverleg en de hiervoor aangehaalde kernpassage van pagina 21 buiten beschouwing heeft gelaten. Bovendien wordt voorbij gegaan aan het oordeel van de Minister die - als vertegenwoordiger van de regering en indiener van het wetsvoorstel - in dit verband als wetgever moet worden aangemerkt.

Uit de reactie van de Minister verderop in het Verslag van een wetgevingsoverleg¹⁴ blijkt dat een gelijkwaardige concurrentiepositie tussen producenten voor de Minister nog steeds voorop staat, zoals beoogd met het aanvankelijke wetsvoorstel op grond waarvan het transporttarief alleen bij ontvangst van elektriciteit in rekening kon worden gebracht:

“De heer Crone heeft op stuk nr. 18 een amendement ingediend om het transporttarief bij de producent in rekening te kunnen brengen. Ik ben het met de heer Crone eens - dat is steeds het uitgangspunt geweest - dat het tarief voor het netgebruik zoveel mogelijk een weerspiegeling van de veroorzaakte kosten moet zijn. Het amendement kan ertoe bijdragen dat dit het geval is. In de

¹³ Tweede Kamer 1998-1999, 26 303, nr. 45, p. 21.

¹⁴ Tweede Kamer 1998-1999, 26 303, nr. 45, p. 23-24.

nota naar aanleiding van het verslag heb ik hiervoor al een opening geboden. Het moet echter niet leiden tot een heel verregaande complexiteit. Wij zullen erop moeten letten dat het goed gebeurt. Ik heb eerder aangegeven dat een tariefprikkel voor een bijdrage aan de afname van de transportkosten het overwegen waard is. Ik heb dan ook geen bezwaar tegen het amendement, mits de gelijkwaardige concurrentiepositie tussen producenten gewaarborgd is en mits het geen heel ingewikkelde systematiek tot gevolg heeft."

Het amendement biedt dus de mogelijkheid om het transporttarief ook bij de producent in rekening te *kunnen* brengen. Daarbij refereert de Minister aan de Nota naar aanleiding van het verslag (die hiervoor reeds aan de orde kwam), waarin zij aangaf dat er nader onderzoek moet worden verricht naar de mogelijkheid om kostenbesparingen die het gevolg zijn van decentrale installaties door te geven aan de betreffende decentrale producenten op voorwaarde dat dit niet tot een heel ingewikkelde tariefsystematiek mag leiden. Het standpunt van de Minister moet daarom aldus worden begrepen dat er een zekere sympathie bestaat voor het amendement van Kamerlid Crone, maar dat de Minister daaraan belangrijke voorwaarden stelt en dat een en ander nog nader zal moeten worden onderzocht en verder moet worden uitgewerkt. Dit wordt bevestigd in een brief¹⁵ die de Minister later aan de Tweede Kamer stuurt, waaruit blijkt dat de wetgever de uitwerking van de tariefstructuur overlaat aan de directeur van de Dte en de gezamenlijke netbeheerders en waarin de Minister opnieuw bevestigt dat een gelijkwaardige concurrentiepositie tussen producenten prevaleert boven het kostenveroorzakingsbeginsel:

"In de Nota naar aanleiding van het verslag had ik al aangegeven dat er aanleiding is te onderzoeken of het wenselijk is een tariefsysteem te kiezen dat ook kostenprikkel geeft aan producenten indien hun gedrag leidt tot een verlaging of verhoging van kosten. Het door de heer Crone ingediende amendement (nr. 18) legt deze gedachte expliciet vast in de wet en biedt een goede basis om een tariefsystematiek te ontwikkelen die de juiste signalen geeft aan marktpartijen. Ik heb inmiddels van de directeur van de Dte begrepen dat deze benadering wordt ingebracht in het overleg met de netbeheerders over de ontwikkeling van de tariefstructuur. Hierbij blijft wel van belang dat een gelijkwaardige concurrentiepositie tussen producenten wordt gewaarborgd en er geen onnodig complexe tariefsystematiek ontstaat."

Tussenconclusie

Uit het vorenstaande blijkt dat de wetgever de kosten voor het transport van elektriciteit in beginsel via de afnemerstarieven in rekening wil brengen. Met amendement nr. 18 heeft de wetgever enkel de mogelijkheid willen scheppen dat ook bij producenten een transporttarief - dat kan fungeren als financiële prikkel (zonder te beogen volledig kostendekkend te zijn) - in rekening zou kunnen worden gebracht, maar dit is allerm minst verplicht. In dat kader moet

¹⁵ Tweede Kamer 1998-1999, 26 303, nr. 50, p. 2.

volgens de Minister nader worden onderzocht of eventuele kostenbesparingen die het gevolg zijn van decentrale invoeding kunnen worden doorgegeven aan de betreffende producenten. Daarbij geeft de Minister echter expliciet aan dat het belang van een gelijkwaardige concurrentiepositie tussen producenten prevaleert boven het kostenveroorzakingsbeginsel en dat dit geen ingewikkelde tariefsystematiek tot gevolg mag hebben. De uitwerking hiervan laat de Minister over aan de directeur DTe en de gezamenlijke netbeheerders die een en ander (voor zover nodig) zullen moeten verwerken in de tariefstructuur c.q. TarievenCode Elektriciteit ('TarievenCode').

2.2 De op nul stelling van het LUP

In artikel 3.5.1 van de TarievenCode is vastgelegd dat voor producenten die zijn aangesloten op een net op EHS- of HS-niveau het LUP geldt. Aanvankelijk werd vijftwintig procent van de kosten van deze netten doorbelast aan producenten die invoeden op deze netvlakken. Bij besluit¹⁶ van de directeur van de DTe d.d. 4 mei 2004 ('Besluit') is het LUP echter op nul procent gesteld door in artikel 3.4.1 van de TarievenCode op te nemen dat aan producenten die zijn aangesloten op een net op EHS- of HS-niveau geen transportafhankelijke kosten worden toegerekend. Voor producenten die zijn aangesloten op regionale netten met een lager spanningsniveau dan de hiervoor genoemde netvlakken (decentrale invoeders) is nooit een transportafhankelijk producententarief vastgesteld.

De reden dat het LUP destijds op nul is gesteld, is dat dit tarief tot concurrentienadeel leidde voor Nederlandse producenten ten opzichte van producenten in het buitenland waar een dergelijk tarief niet gold. In het Besluit heeft de directeur DTe het belang om kosten toe te rekenen op basis van het kostenveroorzakingsbeginsel afgewogen tegen het streven naar een gezonde Europese elektriciteitsmarkt met eerlijke concurrentieverhoudingen.¹⁷ Daarbij overweegt de directeur DTe dat met het op nul stellen van het LUP tegemoet wordt gekomen *"aan de bepaling in artikel 36, eerste lid, onderdeel c van de E-wet, waarin wordt gesteld dat de directeur DTe de tariefstructuren en voorwaarden vaststelt met inachtneming van het belang van de bevordering van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de elektriciteitsmarkt."* In reactie daarop hebben diverse partijen te kennen gegeven dat dit in strijd zou zijn met artikel 29, eerste en tweede lid van de E-wet. Daarnaast zou dit in strijd zijn met artikel 36 van de E-wet, doordat het kostenveroorzakingsbeginsel wordt losgelaten en daarmee het doelmatig handelen van producenten niet bevorderd wordt.¹⁸ In reactie daarop stelt de directeur DTe echter dat artikel 29 van de E-wet het *mogelijk* maakt om het transporttarief bij producenten in rekening te brengen maar daartoe geenszins verplicht, waarbij ter onderbouwing wordt

¹⁶ Besluit met kenmerk 101685-39.

¹⁷ Zie randnummer 35 en 36 van het Besluit.

¹⁸ Zie randnummers 22 t/m 30 van het Besluit.

verwezen naar de reeds hiervoor geciteerde Toelichting op het amendement nr. 18 van Kamerlid Crone.¹⁹ De directeur DTe bevestigt vervolgens in randnummer 35 van het Besluit dat het kostenveroorzakingsbeginsel in dit geval moet wijken voor de concurrentiepositie van Nederlandse producenten.

Westland Infra wijst er overigens op dat het Besluit van de directeur DTe geheel in lijn is met het door de Minister aangegeven uitgangspunt dat een gelijkwaardige concurrentiepositie tussen producenten in dit geval prevaleert boven het kostenveroorzakingsbeginsel. Op grond daarvan komt de directeur DTe tot de conclusie dat er geen reden is om decentrale installaties (nog langer) te bevoordelen ten opzichte van centrale productie-eenheden (decentrale installaties waren immers vrijgesteld van het LUP) en volstaat de directeur DTe met het op nul stellen van het LUP voor centrale productie-eenheden. Vervolgens wordt in randnummer 49 van het Besluit bevestigd dat de weggevallen inkomsten voor netbeheerders dienen te worden gedekt door het transport afhankelijk verbruikers transporttarief ('TAVT'), dat immers het enige overgebleven transporttarief is.²⁰ TenneT mag dan ook de invoedingskosten van producenten bij de afnemers in rekening brengen.

Tussenconclusie

Na afweging van de betrokken belangen als genoemd in artikel 36 van de E-wet bevestigt de directeur DTe in het Besluit dat artikel 29 van de E-wet en het kostenveroorzakingsbeginsel niet nopen tot het vaststellen van een transporttarief voor producenten. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt immers dat het belang van een gelijkwaardige concurrentiepositie tussen producenten in dit geval prevaleert boven het kostenveroorzakingsbeginsel en dat centrale en decentrale invoeders gelijk dienen te worden behandeld. Dat er geen transporttarief en geen tariefdrager voor decentrale invoeding zijn vastgesteld en dat de met decentrale invoeding gemoeide kosten worden vergoed via de afnemertarieven is derhalve niet in strijd, maar in overeenstemming met artikel 29 van de E-wet. Deze voorgeschiedenis is tevens van belang voor de uitleg van artikel 41b van de E-wet.

2.3 De achtergronden en betekenis van artikel 41b van de E-wet

Uit rechtsoverweging 4.4.3 van de Tussenuitspraak blijkt dat het CBb zich enkel heeft uitgelaten over de tekst van artikel 41b van de E-wet zonder daarbij de achtergronden van deze bepaling te betrekken. Het feit dat er bewust geen tarief en tariefdrager voor decentrale

¹⁹ Zie randnummer 32 van het Besluit.

²⁰ De overweging luidt als volgt: "DTe erkent dat het wegvallen van de LUP-inkomsten van netbeheerders gevolgen heeft voor de toegestane omzet van de netbeheerders. De LUP-inkomsten maakten tot op heden in de regulering geen onderdeel uit van de toegestane omzet nettarieven. Nu de LUP-inkomsten wegvallen, dienen deze gedekt te worden door het transport afhankelijk verbruikers transporttarief (hierna: TAVT). Dit TAVT maakt wel onderdeel uit van de toegestane omzet nettarieven."

invoeding is vastgesteld is daarbij essentieel, zoals hierna zal worden toegelicht. Artikel 41b van de E-wet is geïntroduceerd in een Nota van wijziging²¹ bij het wetsvoorstel tot wijziging van de E-wet en Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht netbeheer. Deze bepaling is nadien niet noemenswaardig meer gewijzigd. Het huidige artikel 41b, eerste lid van de E-wet luidt als volgt:

“Iedere netbeheerder zendt jaarlijks voor 1 oktober aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de tarieven die deze netbeheerder ten hoogste zal berekenen voor de uitvoering van de taken genoemd in artikel 16, eerste lid, met inachtneming van:

- a. het uitgangspunt dat de kosten worden toegerekend aan de tariefdragers betreffende de diensten die deze kosten veroorzaken,*
- b. de tariefstructuren vastgesteld op grond van artikel 36 of 37,*
- c. het bepaalde bij of krachtens artikel 41a,*
- d. de formule (...).”*

In de Nota van wijziging²² wordt het opnemen van deze bepaling c.q. aanpassing van de E-wet als volgt toegelicht:

“De verhoudingen tussen de gereguleerde tarieven van een netbeheerder kunnen thans niet worden gewijzigd. Wijziging van die verhoudingen is in de praktijk echter wel gewenst indien tarieven geen goede afspiegeling vormen van de onderliggende kosten. In dat geval komen de verhoudingen tussen de kosten die de netbeheerder moet maken voor het leveren van de desbetreffende diensten niet overeen met de verhoudingen tussen de tarieven die voor deze diensten gehanteerd worden. Men spreekt van een gebrekkige kostenoriëntatie. Dit betekent in feite dat de kosten van bepaalde diensten gesubsidieerd worden ten laste van de tarieven voor andere diensten (kruissubsidiëring), hetgeen ongewenst is. Geconstateerde grote regionale verschillen, die niet verklaard kunnen worden op grond van de geografische ligging, en het verschijnsel dat netbeheerders in het verleden hun tariefstelling aanpasten aan specifieke afnemersgroepen, laten zien dat de kostenoriëntatie thans te wensen overlaat. Daarom wordt het uitgangspunt dat de tarieven kostengeoriënteerd dienen te zijn, vastgelegd in het voorgestelde artikel 41b, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 81b, eerste lid, van de Gaswet. In deze artikelen is bepaald dat ten aanzien van de totale inkomsten uit de tarieven van een netbeheerder outputregulering plaatsvindt met behulp van de tariefformule en de volumina, en waarbij de verhouding tussen de onderscheiden tarieven die een netbeheerder in rekening brengt voor de onderscheiden diensten die hij levert, wordt bepaald door de kosten die de netbeheerder moet maken om de desbetreffende diensten te kunnen leveren.”

²¹ Tweede Kamer 2003-2004, 29 372, nr. 11, p. 6-8.

²² Tweede Kamer 2003-2004, 29 372, nr. 11, p. 28-29.

Hieruit blijkt dat de wetgever met deze bepaling beoogt om de “*verhoudingen tussen de gereguleerde tarieven*” van netbeheerders te laten aansluiten bij de onderliggende kosten. Aanleiding hiervoor zijn de door de Minister geconstateerde grote regionale verschillen in de tariefstelling tussen netbeheerders onderling en het verschijnsel dat netbeheerders in het verleden hun tariefstelling aanpasten aan specifieke afnemersgroepen. Dit maakt duidelijk dat de Minister het oog heeft op de bestaande tarieven die destijds door netbeheerders werden gehanteerd (zoals gereguleerd in de TarievenCode). De Minister spreekt in de derde regel van onderen niet voor niets over “*de verhouding tussen de onderscheiden tarieven*”. Zoals hiervoor bij de bespreking van het LUP is toegelicht, is voor decentrale invoeders echter nooit een transportafhankelijk transporttarief vastgesteld. Daarmee vallen decentrale invoeders dus buiten de “*gereguleerde tarieven*” waar de Minister het oog op heeft gehad met het opnemen van artikel 41b eerste lid in de E-wet. Dit volgt ook uit artikel 41b, eerste lid, onderdeel b van de E-wet op basis waarvan de tariefstructuren c.q. de TarievenCode in acht dient te worden genomen. Nu er in de TarievenCode geen tarief is vastgesteld voor decentrale invoeders - terwijl een eventuele uitwerking van een dergelijk tarief volgens de wetgever dient plaats te vinden in de tariefstructuur²³ c.q. TarievenCode - is artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet niet aan de orde en is de vraag of er sprake is van een ‘afzonderlijke dienst’ niet relevant. De wetgever en de Raad - die de TarievenCode vaststelt - hebben decentrale invoeding overigens ook nooit als een afzonderlijke dienst aangemerkt. Het transportnet is, zoals de Raad zelf beschreven heeft, een integraal systeem waar aangeslotenen kunnen invoeden of afnemen. Er wordt immers een transportdienst geleverd en de richting is daarbij niet van belang. Artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet noopt dus geenszins tot het aanmerken van invoeding als afzonderlijke dienst. Ook een eventuele ‘bijdrage’ door invoeders aan de transportdienst vereist niet dat invoeding als afzonderlijke dienst bestempeld wordt. Het zou dan immers niet gaan om een volledig kostendekkend tarief voor kosten die door invoeding veroorzaakt worden, maar om een door het gelijke speelveld voor producenten gelimiteerde bijdrage in de kosten van een geïntegreerde transportdienst, waarbij de invoedingskosten grotendeels als vanouds via de afnemertarieven verrekend worden.

Dat artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet niet dient te worden betrokken bij het methodebesluit sluit ook beter aan bij de systematiek van de E-wet. Paragraaf 5 van de E-wet, waar de artikelen 29 en 36 van de E-wet onder vallen, heeft immers betrekking op de “*tariefstructuren en voorwaarden*” en regelt als zodanig *welke* tarieven in rekening kunnen worden gebracht. Paragraaf 6 van de E-wet, waar artikel 41b van de E-wet onder valt, heeft betrekking op “*tarieven en boekhouding van de netbeheerder*” en regelt *hoe* de tarieven van Paragraaf 5 worden vastgesteld. Bovendien richt artikel 41b van de E-wet zich tot de netbeheerder en niet tot de Raad, zoals dat wel het geval is bij artikel 41 van de E-wet dat

²³ Zoals blijkt uit de in Paragraaf 2.1 aangehaalde brief van de Minister aan de Tweede Kamer. Zie Tweede Kamer 1998-1999, 26 303, nr. 50, p. 2.

betrekking heeft op de vaststelling van het methodebesluit. Ook hieruit blijkt dat artikel 41b van de E-wet uit systematisch oogpunt niet leidend is en mag zijn bij de vaststelling van een methodebesluit.

Tussenconclusie

Uit het vorenstaande blijkt dat de wetgever met artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet beoogt om de verhoudingen tussen de bestaande tarieven van netbeheerders te laten aansluiten bij de onderliggende kosten. Deze bepaling is niet van toepassing op decentrale invoeding waarvoor in het geheel geen tarief en tariefdrager zijn vastgesteld. Blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 29 van de E-wet heeft de wetgever er immers expliciet voor gekozen dat er - gelet op de gelijkwaardige concurrentiepositie tussen producenten - geen transporttarief voor (decentrale) invoeders behoeft te worden vastgesteld, zodat de wetgever daar nooit het oog op heeft gehad met artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet. Bovendien blijkt uit artikel 41b, eerste lid, onderdeel b van de E-wet dat de TarievenCode in acht dient te worden genomen, waarin geen transporttarief voor decentrale invoeders is opgenomen. Afgezien daarvan is Westland Infra van oordeel dat artikel 41b van de E-wet uit wetsystematisch oogpunt niet leidend mag zijn bij de vaststelling van een methodebesluit.

3 Interpretatie van de Tussenuitspraak

De inhoud van het Ontwerpbesluit is bepaald door de interpretatie die de Raad aan de Tussenuitspraak geeft. Westland Infra is van oordeel dat de interpretatie van de Raad van de Tussenuitspraak te restrictief en onjuist is waardoor mogelijke oplossingen van de decentrale invoedingsproblematiek van de huidige reguleringsperiode ten onrechte in het Ontwerpbesluit door de Raad terzijde zijn gelegd. Westland Infra zal dit in dit Hoofdstuk nader toelichten.

3.1 Onjuiste veronderstelling CBb

Op grond van hetgeen in het vorige Hoofdstuk ("2 De betekenis van de artikelen 29 en 41b van de E-wet") is uiteengezet, is Westland Infra van oordeel dat de stellingen van Rendo ten onrechte hebben geleid tot de Tussenuitspraak. In tegenstelling tot wat Rendo heeft aangevoerd, heeft de Raad namelijk niet op grond van artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet de decentrale invoedingskosten voor *het eerst* (zoals aangegeven met de term 'alsnog' in rechtsoverweging 4.4.1 van de Tussenuitspraak) in de tariefdrager van de ontvangst van elektriciteit verwerkt en artikel 41b van de E-wet hiervoor heeft ingezet, want deze invoedingskosten werden *altijd al* vergoed via het transporttarief voor afnemers.²⁴ Van het door de Raad zelf vaststellen van een (fictieve) tariefdrager in strijd met de artikelen 29 en 41b van de E-wet (welke bepalingen een andere strekking hebben) is evenmin sprake. Uit het

²⁴ Zie rechtsoverweging 4.4.3 tweede zin van de Tussenuitspraak.

vorige Hoofdstuk blijkt immers dat de artikelen 29 en 41b van de E-wet alsmede het kostenveroorzakingsbeginsel niet noodzaken tot het vaststellen van een transporttarief voor (decentrale) producenten, maar dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen dat de kosten voor het faciliteren van (decentrale) invoeding in rekening (mogen) worden gebracht via de afnemerstarieven.

3.2 Te restrictieve interpretatie

Naar het oordeel van Westland Infra interpreteert de Raad de Tussenuitspraak te restrictief en onjuist door in randnummer 47s van het Ontwerpbesluit te concluderen dat een invoedingstarief de enige passende oplossing is. Daarbij is in de eerste plaats van belang om te constateren dat het CBb zich in de Tussenuitspraak alleen heeft uitgesproken over het opnemen van decentrale invoeding in de samengestelde output en zich niet inhoudelijk heeft uitgelaten over alternatieve oplossingen, waaronder het aanmerken van decentrale invoeding als ORV. Dit betekent dat de overwegingen van het CBb in de Tussenuitspraak niet zo mogen worden geïnterpreteerd dat ook alternatieve oplossingen (zoals het kwalificeren van decentrale invoeding als ORV) niet zouden zijn toegestaan, zoals de Raad nu heeft gedaan in het Ontwerpbesluit. Een dergelijke restrictieve interpretatie is ook nooit de bedoeling geweest van het CBb, want anders zou het CBb de Raad geen opdracht hebben gegeven om zich te beraden op de vraag of decentrale invoeding mogelijk een ORV vormt en welke betekenis aan het al dan niet aanmerken als ORV toekomt voor de wijzigingen die de Raad in het methodebesluit aanbrengt.²⁵ De besluitvorming van de Raad ten aanzien van alternatieve oplossingen ligt derhalve volledig open.

De te restrictieve interpretatie van de Raad van de Tussenuitspraak is vooral gebaseerd op de onjuiste uitleg die het CBb in de Tussenuitspraak heeft gegeven aan de artikelen 29 en 41b van de E-wet. Aangezien de Tussenuitspraak zich beperkt tot het opnemen van decentrale invoeding in de samengestelde output, dienen de - in het vorige Hoofdstuk beschreven - achtergronden van de artikelen 29 en 41b van de E-wet betrokken te worden bij mogelijke alternatieve oplossingen van de decentrale invoedingsproblematiek in de huidige reguleringsperiode. Dit geldt te meer omdat het CBb in de kernoverweging van de Tussenuitspraak is uitgegaan van de hierboven genoemde onjuiste veronderstelling dat in het verleden aan netbeheerders *geen* vergoeding voor decentrale invoeding werd toegekend. De kosten van decentrale invoeding werden immers altijd al vergoed via het transporttarief voor afnemers, omdat het belang van een gelijkwaardige concurrentiepositie van producenten volgens de wetgever prevaleert boven het kostenveroorzakingsbeginsel. Dit is ook de reden dat er nooit een tariefdrager voor decentrale invoeding is vastgesteld. Het feit dat er altijd al een vergoeding voor netbeheerders bestond via de afnemerstarieven dient derhalve om die

²⁵ Zie rechtsoverweging 4.4.5 van de Tussenuitspraak.

reden - en niet om de twee overwegingen die in respectievelijk randnummer 47d en 47e van het Ontwerpbesluit worden genoemd (waarop in Paragraaf 4.1 nader zal worden ingegaan - als uitgangspunt te gelden. Het uitgangspunt waar het CBb vanuit had behoren te gaan luidt derhalve dat er *wel* een vergoeding aan netbeheerders werd toegekend en dat deze vergoeding - met het oog op de gelijkwaardige concurrentiepositie van producenten - altijd al verliep via het transporttarief voor afnemers, hetgeen een verklaring biedt voor het feit dat er geen tariefdrager voor decentrale invoeding is vastgesteld. Gelet daarop biedt de Tussenuitspraak ruimte voor oplossingen, waaronder het aanmerken van decentrale invoeding als ORV, maar die ruimte wordt door de Raad ten onrechte onbenut gelaten. In het volgende Hoofdstuk ("4 Ontwerpbesluit") zal nader worden onderbouwd waarom de overwegingen van de Raad in het Ontwerpbesluit op dit punt geen stand kunnen houden.

3.3 Vergeten dimensie van het Europees recht

Afgezien van het bovenstaande met betrekking tot het verkeerd gekozen uitgangspunt en de te restrictieve interpretatie van de Tussenuitspraak, wijst Westland Infra er op dat in de Tussenuitspraak geen rekening is gehouden met de rechtstreekse werking van de Verordening en de Elektriciteitsrichtlijn. 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 en dus ook indirect bij het opstellen van het Ontwerpbesluit, 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. Op grond van het Europees recht en de E-wet dient iedere netbeheerder immers op gelijke wijze in staat te worden gesteld om een redelijk rendement te kunnen behalen. Dit betekent dat de Raad op basis van haar bestaande bevoegdheden en met inachtneming van de hiervoor beschreven wettelijke doelstellingen van artikel 41 van de E-wet de decentrale invoedingsproblematiek in het Ontwerpbesluit had behoren op te lossen door een adequate vergoeding toe te staan van de decentrale invoedingskosten (die in het geval van Westland Infra zeer omvangrijk zijn). Indien het definitief vast te stellen methodebesluit daar niet in voorziet, dan zou dat in strijd zijn met de hiervoor in Paragraaf 1.3 genoemde artikelen van de Verordening en de Derde Elektriciteitsrichtlijn. Voor zover de Raad van oordeel zou zijn dat de E-wet zich daartegen verzet dan zouden de betreffende bepalingen wegens strijd met het Europees recht buiten toepassing te worden gelaten. 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 decentrale invoedingskosten alsnog vergoed krijgt. Ook in dit opzicht dient de interpretatie van de Tussenuitspraak door de Raad dus niet leidend te zijn voor het Ontwerpbesluit.

Tussenconclusie

De te restrictieve en onjuiste interpretatie van de Raad van de Tussenuitspraak leidt ten onrechte tot de conclusie van de Raad dat de enige oplossing voor de decentrale invoedingsproblematiek is gelegen in de invoering van een tariefdrager en een invoedingstarief voor decentrale invoeding (zoals in de randnummers 47h, 47l en 47s van het Ontwerpbesluit wordt geconcludeerd).

4 Ontwerpbesluit

In dit Hoofdstuk wordt in Paragraaf 4.1 ingegaan op de overwegingen van de Raad in de randnummers 47c tot en met 47l van het Ontwerpbesluit onder het kopje "Herstel van het bestreden besluit" en in Paragraaf 4.2 op de overwegingen van de Raad in de randnummers 47m tot en met 47t van het Ontwerpbesluit onder het kopje "Decentrale invoeding als ORV".

4.1 Het onderdeel "Herstel van het bestreden besluit"

Tegenstrijdigheid in het Ontwerpbesluit

Blijkens de randnummers 47g, 47j van het Ontwerpbesluit kiest de Raad ervoor om de kosten voor decentrale invoeding - evenals in de vierde reguleringsperiode - te behandelen als reguliere kosten van de door de netbeheerder beheerde infrastructuur voor het transport van elektriciteit, omdat het kostenveroorzakingsbeginsel en artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet zich tegen een andere oplossing zouden verzetten. Indien het kostenveroorzakingsbeginsel zich daartegen zou verzetten, hetgeen Westland Infra nu juist bestrijdt, dan zou hetzelfde kostenveroorzakingsbeginsel zich ook verzetten tegen een vergoeding via het transporttarief van afnemers als zijnde reguliere kosten van de door de netbeheerder beheerde infrastructuur voor het transport van elektriciteit. In dat geval vindt namelijk een vergoeding plaats via de tarieven van afnemers die niet de kosten van decentrale invoeding hebben veroorzaakt. Indien het kostenveroorzakingsbeginsel een centrale positie zou krijgen, dan zou de ultieme consequentie zijn dat de kosten voor decentrale invoeding op geen enkele wijze kunnen worden vergoed binnen de huidige reguleringsperiode. Er bestaat immers geen invoedtarief voor decentrale invoeding. De door de Raad in de randnummers 47d en 47f van het Ontwerpbesluit gegeven argumentatie voor de thans in het Ontwerpbesluit gehanteerde methode is onjuist. Anders dan de Raad stelt in randnummer 47d van het Ontwerpbesluit is de overweging c.q. veronderstelling van het CBb in de Tussenuitspraak dat in het verleden vanwege het ontbreken van een tariefdrager voor decentrale invoeding aan netbeheerders geen vergoeding voor decentrale invoeding werd toegekend namelijk niet "*in zoverre juist*", maar volledig onjuist. De kosten van decentrale invoeding werden - vanwege het belang van een gelijkwaardige concurrentiepositie van producenten - immers altijd al vergoed via het transporttarief voor afnemers (waarbij niet relevant is of er al dan niet sprake is van een afzonderlijke dienst). De Raad kan nu niet net doen alsof deze onjuiste

veronderstelling van het CBb ten aanzien van de in het verleden gehanteerde methode juist is, om vervolgens in randnummer 47f van het Ontwerpbesluit te concluderen dat de thans voorgestelde methode - die identiek is aan de in het verleden gehanteerde methode - zou passen binnen de interpretatie van de Raad van de Tussenuitspraak. Er zijn in dit verband twee mogelijkheden:

- 1) De eerste mogelijkheid is dat het kostenveroorzakingsbeginsel en artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet zich ertegen verzetten dat de kosten voor decentrale invoeding worden vergoed via de afnemerstarieven met als gevolg dat de thans in het Ontwerpbesluit voorgestelde methode (en iedere andere oplossing die via de afnemerstarieven verloopt) niet mogelijk c.q. toegestaan is. Dat zou niet alleen ingaan tegen de bedoeling van de wetgever met de artikelen 29 en 41b van de E-wet, maar tevens in strijd zijn met Europese regelgeving en de reguleringssystematiek van de E-wet die er vanuit gaat dat netbeheerders in gelijke mate in staat dienen te worden gesteld om een redelijk rendement te behalen. Als deze interpretatie zou worden gevolgd, zou dit betekenen dat het gehele reguleringsmodel zijn fundament verliest. Ook TenneT zou in dat geval de invoedingskosten van producenten niet meer bij de afnemers in rekening mogen brengen. Om deze redenen kan het Ontwerpbesluit niet in stand blijven.
- 2) De tweede mogelijkheid die volledig in overeenstemming is met de parlementaire geschiedenis is dat het kostenveroorzakingsbeginsel en artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet zich er niet tegen verzetten dat de kosten voor decentrale invoeding worden vergoed via de afnemerstarieven. In dat geval speelt het kostenveroorzakingsbeginsel en artikel 41b van de E-wet een ondergeschikte rol (zoals uitvoerig door Westland Infra is beargumenteerd in de Hoofdstukken 1 en 2) en is een oplossing waarbij een adequate vergoeding aan Westland Infra wordt toegekend voor de (extreme) decentrale invoedingskosten principieel mogelijk binnen het huidige reguleringsmodel en binnen de huidige reguleringsperiode, waarbij methoden die daarin voorzien (zoals onder meer het aanmerken van decentrale invoeding als ORV) wel mogelijk zijn, en dus niet ten principale uitgesloten zijn (in tegenstelling tot hetgeen in randnummer 47j van het Ontwerpbesluit door de Raad wordt gesteld). Westland Infra wijst erop dat het Ontwerpbesluit in dit opzicht innerlijk tegenstrijdig is, aangezien enerzijds in randnummer 47f wordt vermeld dat het CBb een vergoeding van kosten voor invoeding via de tarieven voor afnemers niet ten principale uitsluit, en anderzijds in randnummer 47s wordt gesteld dat het kostenveroorzakingsbeginsel en artikel 41b, eerste lid, onderdeel b van de E-wet zich tegen het ORV-instrument als oplossing zouden verzetten (hetgeen naar het oordeel van Westland Infra niet het geval is).

Decentraal invoedtarief biedt geen oplossing

In de randnummers 47h en 47s van het Ontwerpbesluit is te lezen dat het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie ('Ministerie') momenteel onderzoek doet naar de haalbaarheid van het invoeren van een invoedtarief voor decentrale invoeding vanaf de zesde reguleringsperiode. Ook de Raad zet zich hiervoor in, omdat dit volgens de Raad *"regulatorisch de meest zuivere manier is om per netbeheerder gemaakte kosten en (te) ontvangen tariefinkomsten op elkaar af te stemmen"* en *"de enige passende oplossing"* is.²⁶ 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 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 tussen 0 en 0,5 euro/MWh. In de eerste plaats blijkt hieruit dat ook de Europese wetgever - net als de Nederlandse wetgever - expliciet ervoor kiest dat er de facto geen invoedingstarief hoeft te worden vastgesteld (nu het invoedingstarief blijkens Verordening 838/2010 immers 0 euro/MWh mag bedragen). Daarnaast staat daarmee 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 decentrale invoeding op lagere spanningsnetten wordt in deze Verordening niets gezegd. Mede gelet op het belang van een gelijkwaardige concurrentiepositie van producenten en de overwegingen van de Minister dienaangaande in het verleden alsmede 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 decentrale invoeding te voorkomen (anders zou voor een windmolen meer moeten worden betaald dan voor een kolencentrale). In dit verband is veelzeggend dat er kort na het op 15 maart 2012 in Energieia verschenen artikel "NMa pleit voor apart invoedingstarief decentrale opwekkers" kritische Kamervragen zijn gesteld aan de Minister door Tweede Kamerlid Wiegman waarin onder meer wordt gerefereerd aan het level playing field binnen Europa, de op nul stelling van het LUP en de gelijke behandeling van

²⁶ Zie respectievelijk randnummer 47h en 47s van het Ontwerpbesluit.

centrale en decentrale producenten.²⁷ Het invoedingstarief voor decentrale invoeding in Nederland zal dus nooit meer bedragen dan 0,5 euro/MWh, als het al wordt ingevoerd. Dat maximale invoedingstarief is echter verre van kostendekkend voor de decentrale invoedingskosten, hetgeen wordt verduidelijkt aan de hand van de volgende berekening. De vergoeding voor de kosten van Westland Infra voor decentrale invoeding bedraagt op basis van het eerste Methodebesluit circa 11,9 miljoen euro. De teruglevering op het door Westland Infra beheerde net bedroeg in 2011: 2.302.737 MWh. Indien dit wordt vermenigvuldigd met 0,5 euro/MWh dan resulteert dit in een bedrag van 1.151.369,- euro in plaats van circa 11,9 miljoen euro. Een vergoeding op basis van het maximale invoedtarief bedraagt dus ongeveer 1/10 deel van de totale invoedingskosten en is daarmee dus verre van kostendekkend. Daarom moet worden geconcludeerd dat de oplossing die in het Ontwerpbesluit wordt genoemd, namelijk de invoering van een invoedingstarief voor decentrale invoeding, 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 decentrale invoedingskosten via de afnemertarieven om recht te doen aan het uitgangspunt dat netbeheerders aanspraak kunnen maken op een redelijk rendement.

Tussenconclusie

Uit het vorenstaande blijkt dat de overwegingen van de Raad in randnummer 47c tot en met 47l (onder het kopje "Herstel van het bestreden besluit") ten aanzien van de in het Ontwerpbesluit gehanteerde methode niet in stand kunnen blijven, omdat deze zijn gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de Tussenuitspraak en innerlijk tegenstrijdig zijn. Daarnaast moet op grond van het belang van een gelijkwaardige concurrentiepositie van producenten en het verduurzamingsbeleid worden geconcludeerd dat in het licht van Verordening 838/2010 nooit een kostendekkend invoedingstarief voor decentrale invoeding kan en zal worden vastgesteld vanaf de zesde reguleringsperiode. Bovendien biedt dit hoe dan ook geen oplossing voor de huidige reguleringsperiode. Daarmee staat vast dat de introductie van een invoedingstarief geen oplossing biedt voor de decentrale invoedingsproblematiek, zoals wordt betoogd in de randnummers 47l en 47s van het Ontwerpbesluit.

4.2 Het onderdeel "Decentrale invoeding als ORV"

Waar de Raad in het eerste Methodebesluit nog van oordeel was dat het 'wenselijker' was om een andere oplossing te kiezen dan een ORV, stelt de Raad in randnummer 47n van het Ontwerpbesluit dat invoeding ten principale niet als ORV kan worden bestempeld. Blijkens randnummer 47q van het Ontwerpbesluit hanteert de Raad nu als uitgangspunt dat ORV's enkel bestaan in "externe, buiten het net of invloedssfeer van de netbeheerder gelegen

²⁷ Schriftelijke Kamervragen d.d. 3 april 2012, kenmerk 2012Z06781.

factoren die voor eenzelfde cost driver verschillen in efficiënte kosten tussen netbeheerders veroorzaken". Dit uitgangspunt heeft geen wettelijke grondslag en is ook niet gebaseerd op de wetsgeschiedenis die in dit verband slechts spreekt over "door de netbeheerder niet beïnvloedbare omstandigheden als bodemgesteldheid, aansluitdichtheid, netconfiguratie en kosten van inkoop van netdiensten".²⁸ De noodzaak van de door de Raad aangebrachte beperking in de toepassingsmogelijkheden van een ORV wordt niet gemotiveerd en dat klemmt temeer nu, zoals hiervoor betoogd, de decentrale invoedingsproblematiek voor Westland Infra door de Raad dient te worden opgelost voor de vijfde reguleringsperiode. Samengevat ziet de Raad invoeding ten principale niet als ORV op grond van een uitgangspunt dat ongemotiveerd en onnodig beperkend is en waarvoor geen juridische grondslag bestaat in de E-wet en de wetsgeschiedenis. Daar komt bij dat de Raad de omstandigheid lokale heffingen, die in alle - in dit verband relevante - opzichten identiek is aan decentrale invoeding, wel als ORV heeft aangemerkt. Het gelijkheidsbeginsel brengt derhalve mee dat ook decentrale invoeding als ORV dient te worden aangemerkt, althans niet ten principale daarvan kan worden uitgesloten.

Overigens is het onjuist dat decentrale invoeding geen externe, buiten het net of invloedssfeer van de netbeheerder gelegen factor is en dat de Raad geen aanleiding heeft "om te veronderstellen dat er factoren zijn die meebrengen dat het uitvoeren van deze "invoedingstaak" bij de ene netbeheerder zou leiden tot hogere efficiënte kosten dan bij een andere netbeheerder, zoals in randnummer 47q van het Ontwerpbesluit wordt gesteld. 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 de extreme mate van decentrale invoeding zijn door Westland Infra ingrijpende aanpassingen in de netconfiguratie doorgevoerd. Ook de Raad bevestigt 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 decentrale invoeding dus wel verschillen in efficiënte kosten tussen netbeheerders veroorzaakt. Al met al staat daarmee vast dat decentrale invoeding een externe, buiten het net of invloedssfeer van de netbeheerder gelegen factor is. Westland Infra wijst in dit verband tevens op de parlementaire geschiedenis²⁹ waarin 'netconfiguratie' expliciet als ORV wordt genoemd. Er is dan ook geen enkele reden voor de Raad om decentrale invoeding ten principale uit te sluiten als ORV.

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

²⁹ Tweede Kamer 2001-2002, 28 174, nr. 8, p. 5.

Op grond van het bovenstaande dient decentrale invoeding wel als ORV te worden aangemerkt en dient de Raad dus te toetsen of decentrale invoeding voldoet aan de door de Raad geformuleerde "Uitgangspunten bij de bepaling en verrekening van ORV's" zoals weergegeven in randnummer 226 t/m 231 van het Ontwerpbesluit. De Raad heeft dat immers 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). Decentrale invoeding dient derhalve op gelijke wijze te worden onderzocht. Doet de Raad dat niet dan handelt hij in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel alsmede het rechtszekerheidsbeginsel dat voorschrijft dat regels consequent moeten worden toegepast. Onderstaand licht Westland Infra toe dat aan alle "Uitgangspunten bij de bepaling en verrekening van ORV's" wordt voldaan.

- 1a. Significantie: Is de ORV substantieel: de gemiddelde kosten voor dit ORV, uitgedrukt als percentage van de efficiënte gestandaardiseerde economische kosten, wijken voor ten minste één netbeheerder met meer dan 1%-punt af van het sectorgemiddelde.

Uit het door de Raad verrichte onderzoek³⁰ is naar voren gekomen dat het procentuele aandeel van invoeding ten opzichte van afname ongelijk verdeeld is tussen de netbeheerders, waarbij voor een aantal netbeheerders geldt dat er nauwelijks sprake is invoeding, terwijl bij andere netbeheerders invoeding de afgelopen jaren juist een aanzienlijke vlucht heeft genomen, zoals bij Westland Infra. Daarnaast signaleert de Raad dat voor netbeheerders met veel invoeding de efficiënte kosten te laag worden ingeschat. Dat Westland Infra te maken heeft met substantiële decentrale invoedingskosten - zowel als percentage van de efficiënte gestandaardiseerde economische kosten als ten opzichte van de overige netbeheerders - blijkt uit het overzicht dat is aangehecht als **bijlage 1**. Hieruit komt naar voren dat het sectorgemiddelde aan decentrale invoedingskosten ten opzichte van de totale kosten circa 3,8% bedraagt. Daarnaast blijkt dat er meerdere netbeheerders zijn die daar met meer dan 1%-punt van afwijken, waarbij de afwijking voor Westland Infra met 26,9% zeer groot is. Het staat daarmee vast dat de ORV significant en substantieel is. Westland Infra is graag bereid tot een nadere toelichting, hetgeen overigens niet wegneemt dat de Raad dit op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) dient te onderzoeken.

- 1b. Structureel: is een mogelijke ORV houdbaar over de tijd? Een ORV is houdbaar over de tijd als de meer- of minderkosten voor een netbeheerder ten opzichte van de overige netbeheerders structureel van aard zijn.

³⁰ Zie randnummer 153 t/m 163 en 352 t/m 358 van het Methodebesluit.

Door de decentrale invoedingskosten op basis van het door haar uitgevoerde onderzoek in het Methodebesluit op te nemen, beoogde de NMa een structurele oplossing te bieden voor deze kosten. Dit geeft al aan dat de NMa de decentrale invoedingskosten als een structurele kostenpost heeft geïdentificeerd. Daarnaast blijkt uit rechtsoverweging 3.5.1 van de Tussenuitspraak dat decentrale invoeding op regionale netten naar verwachting een blijvend fenomeen is, waarbij netbeheerders een toename voorzien van investeringen voor decentrale invoeding in verband met de verwachte groei van WKK-installaties en windmolens. Hierbij moet worden opgemerkt dat het voorzieningsgebied van Westland Infra wordt gedomineerd door glastuinbouw, dat zich kenmerkt door een zeer hoge dichtheid van decentrale invoeding in de regio en een hoge verhouding export/import op het landelijke koppelnet. Gelet op de economische structuur van de regio moet worden verwacht dat Westland Infra ook in de toekomst te maken zal hebben met substantieel meer decentrale invoedingskosten dan de overige netbeheerders. De decentrale invoedingskosten zijn dan ook structureel van aard.

- 1c. Objectiveerbaarheid: is een mogelijke ORV objectief vast te stellen? Een ORV is objectiveerbaar indien de factor dan wel omstandigheid niet-beïnvloedbaar is door het management én indien het ORV objectief is vast te stellen.

Netbeheerders hebben geen invloed op de mate van invoeding op hun netwerk, aangezien zij op grond van de E-wet elke decentrale invoeder moeten aansluiten. De decentrale invoedingskosten zijn derhalve niet beïnvloedbaar door het management van de netbeheerder (zoals toegelicht in Paragraaf 4.1). Daarnaast is Westland Infra van oordeel dat de decentrale invoedingskosten objectief zijn vast te stellen en zijn vastgesteld volgens de methode zoals omschreven in randnummer 164 t/m 173 van het Methodebesluit. Zoals onder meer blijkt uit randnummer 169 van het Methodebesluit is dit niets meer en niets minder dan een manier van kostenvaststelling van de decentrale invoedingskosten per netbeheerder, die net zo goed zo niet beter - aangezien het een kostenvaststellingsmethode betreft - gehanteerd kan worden voor het vaststellen van de decentrale invoedingskosten als ORV. Aan de hand van de bij deze methode behorende formules die zijn vastgelegd in bijlage 1 bij het Methodebesluit kan de omvang van de decentrale invoedingskosten objectief worden vastgesteld en kunnen deze berekeningen bovendien worden gereproduceerd en gecontroleerd. Daarbij is van belang dat de Raad een second opinion onderzoek met betrekking tot deze kostenvaststellingsmethode heeft laten uitvoeren door E-bridge Consulting GmbH die de methode heeft beoordeeld en met enkele kleine kanttekeningen heeft gevalideerd. Aldus staat vast dat de decentrale invoedingskosten objectief zijn vast te stellen en derhalve kwalificeren als ORV.

2. De verrekeningswijze van eventuele ORV's moet bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen van de wetgever.

In randnummer 47r van het Ontwerpbesluit stelt de Raad dat de verrekeningswijze van eventuele ORV's moet bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen van de wetgever. Daarbij wordt door de Raad verwezen naar het beginsel van kostenoriëntatie. Deze verwijzing is naar het oordeel van Westland Infra onvoldoende gemotiveerd om de conclusie in randnummer 47s van het Ontwerpbesluit te rechtvaardigen dat het gebruik van het ORV-instrument oneigenlijk zou zijn, omdat dit in strijd zou zijn met het beginsel van kostenoriëntatie. Westland Infra wijst in dit verband naar de in Hoofdstuk 3 weergegeven wetsgeschiedenis van de artikelen 29 en 41b van de E-wet, waaruit blijkt dat de wetgever er - gelet op de gelijkwaardige concurrentiepositie van producenten - bewust voor heeft gekozen dat de kosten voor het faciliteren van (decentrale) invoeding worden vergoed via de afnemertarieven, zodat van strijd met artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet geen sprake is. Dat het tegendeel het geval is wordt door de Raad bovendien zelf bevestigd in de randnummers 201 en 154 van het methodebesluit voor de vierde reguleringsperiode.³¹ Daarin overweegt de Raad namelijk dat hij het onredelijk en in strijd met het principe van kostenoriëntatie als bedoeld in artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet acht, als een netbeheerder bepaalde kosten vergoed krijgt, als daar geen kosten tegenover staan.³² Naar eigen zeggen kiest de Raad er daarom voor om de totale inkomsten van iedere netbeheerder afzonderlijk zodanig te bepalen dat alleen de noodzakelijke kosten worden terugverdiend.³³ Door decentrale invoeding als ORV aan te merken en aldus een adequate vergoeding voor het faciliteren van decentrale invoeding te bieden, draagt de Raad dus juist bij aan het principe van kostenoriëntatie als bedoeld in artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet. Daarmee wordt immers voorkomen dat 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 (zoals het geval is bij de thans voorgestelde methode). Bovendien wijst Westland Infra er op dat het aanmerken van decentrale invoeding als ORV tevens bijdraagt aan de wettelijke doelstellingen "bevorderen doelmatigheid van de bedrijfsvoering", "geen rendement hoger dan gebruikelijk" en "bevorderen gelijkwaardigheid in de doelmatigheid" als bedoeld in artikel 41 van de E-wet (alsmede de in Hoofdstuk 1 bedoelde Europese regelgeving) die beogen om netbeheerders in gelijke mate in staat te stellen om een redelijk rendement te halen. De strijdigheid van de thans in het Ontwerpbesluit voorgestelde methode met deze doelstellingen kan immers worden opgelost door decentrale invoeding als ORV aan te merken. Westland Infra verwijst in dit verband korthedshalve naar hetgeen met betrekking tot deze strijdigheid in Hoofdstuk 1 en 2 is uiteengezet. Het aanmerken van decentrale invoeding als ORV draagt dus zonder meer bij aan het bereiken van de doelstellingen van de wetgever.

³¹ Besluitnummer 102610_1/27.

³² In de omgekeerde situatie geldt dat net zo goed, dat wil zeggen dat een netbeheerder bepaalde kosten moet maken, zonder dat deze kosten worden vergoed zoals bij Westland Infra het geval is met decentrale invoeding.

³³ Zie randnummer 227 van het Ontwerpbesluit.

3. Kosten voor ORV's worden vergoed vanaf de eerstvolgende reguleringsperiode nadat zij door de NMa als ORV is aangemerkt. De NMa past geen correctie toe met terugwerkende kracht over eerdere reguleringsperiodes.

Door gevolg te geven aan de opdracht van het CBb en het Methodebesluit op onderdelen aan te passen is geen sprake van een correctie met terugwerkende kracht over eerdere reguleringsperiodes, zodat aan dit uitgangspunt wordt voldaan. In aanvulling daarop moet worden geconstateerd dat de Raad in randnummer 161 van het Methodebesluit al bevestigt dat de decentrale invoedingskosten mogelijk zouden kunnen worden aangemerkt als ORV, zodat het Methodebesluit daar in feite al in voorziet. De enige reden dat er geen toetsing heeft plaatsgevonden aan de hier besproken uitgangspunten voor een ORV, is dat de NMa het wenselijker achtte om de decentrale invoedingskosten mee te wegen in de samengestelde output zoals beschreven in het Methodebesluit.

4. Er is alleen sprake van een ORV zolang deze aan alle criteria voldoet en blijft voldoen.

Uit het vorenstaande blijkt dat de decentrale invoedingskosten aan bovengenoemde uitgangspunten en criteria voldoen. Bovendien blijkt uit rechtsoverweging 3.5.1 van de Tussenuitspraak dat het gaat om een blijvend fenomeen, zodat moet worden verwacht dat de decentrale invoedingskosten ook in de toekomst als ORV kwalificeren.

5. De NMa kan elke reguleringsperiode opnieuw factoren als ORV identificeren.

Dat de decentrale invoedingskosten als ORV kwalificeren staat niet in de weg aan dit uitgangspunt. Op grond van het vorenstaande is Westland Infra van oordeel dat de decentrale invoedingskosten voldoen aan alle uitgangspunten en criteria en derhalve als ORV dienen te worden aangemerkt.

Tussenconclusie

Uit het door de NMa verrichtte onderzoek blijkt dat netbeheerders binnen de huidige reguleringsystematiek niet in staat zijn om de efficiënte kosten voor decentrale invoeding terug te verdienen. Het ORV-instrument biedt hiervoor een oplossing en draagt daarmee bij aan de wettelijke doelstellingen "bevorderen doelmatigheid van de bedrijfsvoering", "geen rendement hoger dan gebruikelijk", "bevorderen gelijkwaardigheid in de doelmatigheid" als bedoeld in artikel 41 van de E-wet alsmede het principe van kostenoriëntatie als bedoeld in artikel 41b, eerste lid, onderdeel a van de E-wet. De facto moet zelfs geconstateerd worden dat het aanmerken als ORV niet alleen bijdraagt, maar (mogelijk) zelfs noodzakelijk is om de strijdigheid van het Ontwerpbesluit met de wettelijke doelstellingen van artikel 41 van de E-wet op te heffen (voor zover er geen andere adequate oplossing wordt geboden door de Raad) en de door de wetgever beoogde doelstellingen te realiseren. Bovendien wordt voldaan aan de

andere hiervoor besproken en door de Raad geformuleerde uitgangspunten, zodat er geen enkel beletsel is om decentrale invoeding als ORV aan te merken.

5 Conclusie

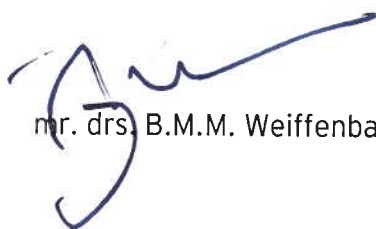
De in het Ontwerpbesluit voorgestelde methode is onrechtmatig en kan derhalve niet in stand blijven, omdat - kort samengevat -:

- Het Europees recht en de Nederlandse wet- en regelgeving niet toestaan dat het Ontwerpbesluit geen adequate oplossing biedt voor de vergoeding aan Westland Infra van haar aanzienlijke decentrale invoedingskosten. 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 hiervoor in het Ontwerpbesluit geen oplossing te bieden voor de huidige reguleringsperiode.
- De door de Raad gesuggereerde passende oplossing, te weten de invoering van een decentraal invoedingstarief vanaf de zesde reguleringsperiode, het probleem niet zal verhelpen en bovendien geen oplossing biedt voor de onderhavige reguleringsperiode. Dit betekent dat de decentrale invoedingskosten ook in de toekomst aan de afnemers in rekening zullen moeten worden gebracht.
- Het Ontwerpbesluit gebaseerd is op een onjuiste, onnodig beperkende, interpretatie van de Tussenuitspraak van het CBb, waardoor onder meer het kostenveroorzakingsbeginsel ten onrechte wordt gezien als prevalerend boven het belang van een gelijkwaardige concurrentiepositie van producenten en de wettelijke doelstellingen van artikel 41 van de E-wet (die mede gebaseerd zijn op Europese regelgeving) die een gelijk speelveld voor netbeheerders waarborgen. Deze te restrictieve en onjuiste interpretatie van de Raad van de Tussenuitspraak leidt ten onrechte tot de conclusie van de Raad dat er geen andere oplossing voorhanden is dan de invoering van een invoedingstarief voor decentrale invoeding (zoals in randnummers 47h, 47l, 47s en 155 van het Ontwerpbesluit wordt gesteld), waardoor de Raad zichzelf onnodig beperkt in het vinden van een adequate oplossing.
- Het Ontwerpbesluit op diverse punten onvoldoende gemotiveerd is - bijvoorbeeld ten aanzien van de stelling van de Raad dat decentrale invoeding ten principale niet als ORV kan worden aangemerkt - , gebaseerd op een onjuist uitgangspunt en bovendien innerlijk tegenstrijdig is. De geconstateerde innerlijke tegenstrijdigheid wordt veroorzaakt door het door de Raad aan het kostenveroorzakingsbeginsel gegeven primaat. De onvermijdelijke logische consequentie daarvan zou moeten zijn dat de

decentrale invoedingskosten niet via de tarieven van de afnemers (als reguliere kosten van netbeheerders) zouden mogen worden vergoed, terwijl dit in de methode die de Raad in het Ontwerpbesluit voorstelt, wel gebeurt.

Op grond van bovenstaande redenen moet geconcludeerd worden dat het Ontwerpbesluit en de daarin vastgelegde methode zelfs zozeer onrechtmatig zijn dat, indien het Ontwerpbesluit ongewijzigd in stand zou blijven, het fundament onder het hele reguleringsmodel zou wegvallen. Het definitief vast te stellen methodebesluit zal daarom alsnog een oplossing moeten bieden, waarbij het Westland Infra om het even is hoe die oplossing wordt vormgegeven, want meerdere oplossingen kunnen 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 decentrale invoeding wordt gekwalificeerd als een 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 decentrale invoedingskosten inclusief een redelijk rendement vergoed te krijgen.

Hoogachtend,
Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP



mr. drs. B.M.M. Weiffenbach



mr. R. Voogt

