



Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
De heer mr. A.F. Gaastra MPA
Postbus 20401
2500 EK 's-Gravenhage

Den Haag, 20 maart 2020

Aantal bijlagen :
Uw kenmerk :
Ons kenmerk : ACM/UIT/530889
Contactpersoon :
Onderwerp : ACM/20/039195 Aanbieding advies rol netwerkbedrijven in de warmtemarkt

Geachte heer Gaastra,

Op 27 februari 2020 heeft de minister van Economische Zaken en Klimaat aan de Autoriteit Consument & Markt gevraagd een advies uit te brengen over een mogelijke rol van de netbeheerders of netwerkbedrijven in de markt voor het leveren van warmte (uw kenmerk: 1003214369000).

Hierbij treft u het gevraagde advies aan. Tot een nadere toelichting ben ik graag bereid.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

ACM-advies over de rol van netbeheerders en netwerkbedrijven bij warmte

Samenvatting

De minister van Economische Zaken en Klimaat heeft de ACM om advies gevraagd in verband met een mogelijke rol van netbeheerders of van netwerkbedrijven, waar netbeheerders onderdeel van zijn, op de warmtemarkt. De minister wil van de ACM weten in hoeverre publiek en privaat aandeelhouderschap van invloed is op de reguleringstaken van de ACM en op de borging van publieke belangen. Verder wil de minister een advies van de ACM over de mogelijke uitbreiding van de taken van netbeheerders of netwerkbedrijven als integraal warmtebedrijf op de warmtemarkt. De minister vraagt het advies ter voorbereiding op een nieuwe Warmtewet en wil het advies inbrengen in een gesprek met vertegenwoordigers van decentrale overheden.

De ACM is van oordeel dat de aard van het aandeelhouderschap (publiek of privaat) voor de vormgeving, invulling en reikwijdte van haar reguleringstaken niet relevant is. Voor de ACM is het uitgangspunt dat warmtebedrijven monopolisten zijn, evenals netbeheerders voor elektriciteit en gas. Bij het borgen van de betaalbaarheid moeten afnemers daarom onder andere door middel van een systeem van tariefregulering worden beschermd tegen onredelijke tarieven. De ACM ziet vanuit haar rol als toezichthouder bij het borgen van de leveringszekerheid evenmin reden voor een verschillende behandeling van publieke en private bedrijven. Een voorwaarde is wel dat de ACM en gemeenten voldoende sturingsmogelijkheden krijgen om het publieke belang van leveringszekerheid te borgen.

Wat de rol van de netbeheerders betreft adviseert de ACM deze niet verantwoordelijk te maken voor integrale warmtevoorzieningen. Dit tast de onafhankelijke positie van de netbeheerder aan en is in strijd met het Europese recht. Uit het Europese recht volgt dat een netbeheerder onafhankelijk van productie, handel en levering van elektriciteit respectievelijk gas moet opereren. Bij een uitbreiding van de rol van netbeheerders naar een integrale warmtevoorziening bestaat een reëel risico dat deze netbeheerders om een efficiënte productie van warmte te kunnen realiseren ook elektriciteit moeten gaan produceren. Een ander risico is dat netbeheerders afhankelijk worden van partijen die (rest)warmte gaan leveren. Dat kan bijvoorbeeld een elektriciteitscentrale of een datacentrum zijn. Dit zijn partijen die zijn aangesloten op het openbare net. De netbeheerder kan dan niet meer onafhankelijk van de belangen van deze partijen functioneren en kan hen mogelijk anders behandelen dan andere aangeslotenen (bijvoorbeeld bij congestie in het elektriciteitsnet).

Wat de rol van de netwerkbedrijven betreft constateert de ACM dat een uitbreiding van de werkzaamheden van netwerkbedrijven als integraal warmtebedrijf weliswaar niet op Europeesrechtelijke bezwaren stuit, maar wel op gespannen voet staat met de doelstellingen van de Wet onafhankelijk netbeheer (Won). Met de Won zijn alle productie-, handels- en leveringsactiviteiten op het gebied van elektriciteit en gas bewust buiten het netwerkbedrijf geplaatst en zijn de activiteiten van het netwerkbedrijf beperkt om zo de onafhankelijke positie van de netbeheerder te waarborgen. Het doel van deze wetgeving was vooral het zeker stellen van de betrouwbaarheid van het net en daarmee de leveringszekerheid van elektriciteit en gas. Ook beoogde de wetgever met deze wet kruissubsidies tussen de netbeheerder en andere onderdelen van het netwerkbedrijf en bevoordeling door de netbeheerder van andere onderdelen van het netwerkbedrijf te voorkomen. Door uitbreiding van de taken van een netwerkbedrijf met productie en levering van warmte kunnen de genoemde risico's zich opnieuw manifesteren. Een

verantwoordelijkheid voor de integrale warmtevoorziening van de netwerkbedrijven kan wat de ACM betreft dus alleen onder strikte voorwaarden om die risico's te mitigeren. Of, nadat aan deze voorwaarden is voldaan, de voordelen van een verantwoordelijkheid van het netwerkbedrijf voor de integrale warmtevoorziening opwegen tegen de nadelen die deze voorwaarden opleveren, vraagt om een nadere beleidsmatige afweging.

Onderdeel van die afweging is in de ogen van de ACM het risico dat met een uitbreiding van de taken van een netwerkbedrijf met een verantwoordelijkheid voor de integrale warmtevoorziening de onafhankelijkheid van de netbeheerder in het geding komt. Bovendien leidt een dergelijke uitbreiding van taken tot een toename van de financiële risico's binnen het netwerkbedrijf en tot een verhoogd risico op kruissubsidies, bijvoorbeeld vanuit de distributie van elektriciteit en gas in de richting van de gecombineerde productie van elektriciteit en warmte. De gesignaleerde risico's op kruissubsidies kunnen bovendien leiden tot een verstoring van de concurrentiemogelijkheden op de markten voor elektriciteit, gas en warmte. Om genoemde risico's te mitigeren is een aanvullend pakket aan maatregelen nodig. Dat leidt tot een complexer toezicht en een verzwaring van de toezichtlasten voor de betreffende bedrijven en de ACM, bijvoorbeeld in het toezicht op de toerekening van kosten aan de verschillende activiteiten en de gevolgen daarvan voor de verschillende tarieven die afnemers betalen. De ACM verwacht overigens dat de risico's ook met een aanvullend pakket aan maatregelen niet volledig zijn weg te nemen. De ACM wijst ten behoeve van de te maken afweging tevens op de mogelijkheid om het warmtebedrijf – al dan niet in volledig publieke handen – buiten het netwerkbedrijf te positioneren zodat alle genoemde risico's volledig worden weggenomen.

In het kader van de beleidsmatige afweging hecht de ACM er aan ook te wijzen op het belang van een gelijk speelveld voor private en publieke bedrijven (waaronder de netwerkbedrijven onder eerder genoemde strikte voorwaarden) in de concurrentie om de warmtemarkt. Zij wijst er in dat verband op dat de huidige (private) partijen op de warmtemarkt – anders dan netwerkbedrijven – al beschikken over een ruime expertise in een integrale warmtevoorziening en daarmee een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de ambities om de warmtetransitie tijdig te realiseren. Daarbij doelt de ACM zowel op de grotere private bedrijven die op de warmtemarkt actief zijn, als op de kleinere private warmtebedrijven die kleinschaligere oplossingen kunnen bieden voor de uitdagingen van de energietransitie. Daarom vindt de ACM het van belang dat alle publieke en private partijen niet alleen juridisch, maar ook feitelijk een gelijke mogelijkheid moeten hebben om door een gemeente te worden aangewezen. De gemeente moet in de visie van de ACM het warmtebedrijf aanwijzen dat het best mogelijke aanbod heeft in het licht van de publieke belangen van leveringszekerheid, betaalbaarheid en duurzaamheid.

Samengevat luidt het ACM-advies als volgt: (i) netbeheerders kunnen niet verantwoordelijk zijn voor integrale warmtevoorzieningen; (ii) netwerkbedrijven kunnen alleen onder strikte voorwaarden integraal verantwoordelijk zijn voor warmtevoorzieningen. Strikte voorwaarden zijn noodzakelijk om de onafhankelijkheid van het netbeheer en de leveringszekerheid van elektriciteit en gas zeker te stellen, en om kruissubsidies naar en bevoordeling van andere onderdelen van het netwerkbedrijf te voorkomen. Of onder deze strikte voorwaarden de voordelen van een integrale warmteverantwoordelijkheid van netwerkbedrijven opwegen tegen de nadelen, vraagt om een nadere beleidsmatige afweging; (iii) voor een gelijk speelveld bij de concurrentie om de

warmtemarkt is het van belang dat alle publieke en private partijen zowel juridisch als feitelijk gelijke mogelijkheden hebben om door een gemeente te worden aangewezen.

1. Inleiding

Op 27 februari 2020 heeft de minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: de minister) de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) gevraagd een advies uit te brengen over een mogelijke rol van de netbeheerders of netwerkbedrijven in de markt voor het leveren van warmte. De minister legt de ACM enkele vragen voor over een mogelijk verschil in behandeling van publieke en private bedrijven in de regulering. De adviesaanvraag heeft betrekking op eventuele voor- en nadelen van publiek aandeelhouderschap voor de reguleringstaak van de ACM en voor de borging van publieke belangen op de warmtemarkt. Voorts wil de minister advies over het effect van een eventuele rol op de warmtemarkt van de gereguleerde netbeheerders voor elektriciteit en gas of van netwerkbedrijven, op de toezichtstaken van de ACM, op de borging van publieke belangen op de elektriciteits-, gasmarkten en op de realisatie van publieke belangen op de warmtemarkt. In dit advies beantwoordt de ACM deze vragen.

De minister vraagt het advies mede in het licht van de voorbereidingen op de nieuwe Warmtewet die volgens planning per 1 januari 2022 in werking treedt. In zijn brieven van 13 februari 2019, 20 december 2019 en 10 februari 2020 aan de Tweede Kamer heeft de minister de contouren voor deze nieuwe Warmtewet¹ geschetst. De minister geeft daarin aan dat de nieuwe Warmtewet fundamenteel anders zal zijn dan de huidige Warmtewet. De voornemens van de minister in deze brieven vormen de basis voor dit advies, naast de huidige bepalingen in de Elektriciteits- en Gaswet die zien op de rol van regionale netbeheerders en netwerkbedrijven. Waar nodig gaat de ACM in op het Europees rechtelijke kader.

Bij de aanpassingen van de regelgeving voor collectieve warmtesystemen moeten de publieke belangen betaalbaarheid, leveringszekerheid en duurzaamheid zijn geborgd, zo stelt de minister in genoemde brieven. De ACM zal in dit advies de publieke belangen betaalbaarheid en leveringszekerheid centraal stellen. Ten aanzien van de borging van het publieke belang duurzaamheid merkt de ACM op dat zij daarvoor onder de huidige Warmtewet geen bevoegdheden heeft. Of zij die met de nieuwe Warmtewet wel krijgt is op dit moment nog onduidelijk. Daarom volstaat zij in dit advies met de constatering dat zij niet verwacht dat het karakter van het aandeelhouderschap relevant zal zijn voor de borging van duurzaamheid. Een nog vast te stellen effectief (handhavings)instrumentarium moet toereikend zijn om dit publieke belang te borgen. Dit instrumentarium moet nog door de wetgever worden uitgewerkt.

De minister heeft er in zijn brief van 20 december 2019 op gewezen dat een verplichte splitsing van de activiteiten productie, distributie en levering bij warmte niet voor de hand ligt. Een splitsing kan weliswaar een instrument zijn om publieke belangen te borgen, maar in het onderzoek dat de minister in zijn brief aanhaalt wordt de conclusie getrokken dat de nadelen van splitsing waarschijnlijk zwaarder wegen dan de voordelen. De onderzoekers zien splitsing daarom als een niet-proportionele maatregel. Bij de beantwoording van de verschillende vragen gaat de ACM daarom uit van het voornemen van de minister om warmtebedrijven verantwoordelijk te maken voor de integrale warmtevoorziening, dus van productie en distributie tot levering van warmte.² De

¹ *Kamerstukken II*, 2018 – 2019, 30196, no. 616 (13 februari 2019), *Kamerstukken II*, 2019 – 2020, 30 196, no. 694 (20 december 2019) en *Kamerstukken II*, 2019 – 2020, 30 196, no.704 (10 februari 2020).

² *Kamerstukken II*, 2019 – 2020, 30 196, no. 694.

kernvragen voor dit advies zijn voor de ACM vervolgens of er risico's zijn voor de publieke belangen indien netbeheerders of netwerkbedrijven die verantwoordelijkheid krijgen, en welke maatregelen nodig zijn om die publieke belangen bij elektriciteit, gas en warmte voldoende effectief te borgen.

In de volgende paragrafen geeft de ACM antwoord op de gestelde adviesvragen. Elke paragraaf begint met de specifieke vraagstelling van de minister, daarna volgt het advies van de ACM met een toelichting daarop.

2. Verschil in behandeling tussen publieke en private bedrijven in de regulering

Vraagstelling

In de adviesaanvraag verzoekt de minister de ACM aan te geven of zij bij de uitvoering van haar reguleringstaken een publiek bedrijf doorgaans anders behandelt dan een privaat bedrijf. Ook vraagt de minister wat eventuele voor- en nadelen zijn van publiek aandeelhouderschap bij het borgen van publieke belangen. Hieronder gaat de ACM op deze vragen in.

2.1 *Betaalbaarheid*

Advies ACM

Voor de ACM is het bij de uitvoering van haar taken in algemene zin niet relevant of warmtebedrijven in publieke of private handen zijn. Voor de ACM is het uitgangspunt dat warmtebedrijven monopolisten zijn, evenals netbeheerders voor elektriciteit en gas. Aangeslotenen moeten daarom om de betaalbaarheid te borgen onder andere³ door middel van een systeem van tariefregulering worden beschermd tegen te hoge tarieven, waarbij de tariefregulering voldoende ruimte moet laten voor investeringen in warmte om de leveringszekerheid te borgen. De ACM ziet in de uitvoering van haar taken geen reden een warmtebedrijf dat in publieke handen is anders te behandelen dan een warmtebedrijf met private aandeelhouders.

Toelichting

In zijn brief van 10 februari 2020 wijst de minister op de dubbele doelstelling bij het instrument van tariefregulering.⁴ De tariefsystematiek moet kleinverbruikers de zekerheid geven dat zij niet meer betalen dan nodig is en warmtebedrijven moeten hun efficiënte kosten kunnen terugverdienen, inclusief een redelijk rendement. De methodiek voor de tariefregulering moet nog worden uitgewerkt en de ACM kan dus alleen op hoofdlijnen ingaan op de borging van de betaalbaarheid en het effect van een publiekaandeelhouderschap.

In de tariefregulering maakt de ACM onderscheid tussen verschillende kostensoorten. Op hoofdlijnen gaat het dan om operationele kosten (bijvoorbeeld productie- of loonkosten) en kapitaalkosten (bijvoorbeeld voor investeringen in de infrastructuur). Voor de eerste kostencategorie zal het in een op efficiënte kosten gebaseerd systeem - waarbij de kosten van bedrijven met elkaar worden vergeleken - niet uitmaken of een bedrijf in private of publieke handen is.

³ Naast tariefregulering kan worden gedacht aan vereisten ten behoeve van transparantie van facturen en/of voorwaarden.

⁴ *Kamerstukken II, 2019 – 2020, 30 196, no.704.*

De wijze waarop de ACM de kapitaalkosten in de tariefregulering behandelt vergt een nadere uiteenzetting. Kapitaalkosten bestaan uit afschrijvings- en vermogenskosten. Voor de afschrijvingskosten is de waarde van de onderliggende infrastructuur van belang. De afschrijvingstermijn die de ACM daarbij hanteert, is voor alle bedrijven gelijk. Het publieke of private aandeelhouderschap is hierbij niet relevant. Voor de vermogenskosten schat de ACM in welke kosten een efficiënt gefinancierd warmtebedrijf moet maken om financiering aan te trekken in de vorm van vreemd (rentekosten) en eigen vermogen (rendement op aandelen). Onderdeel van deze schatting is het percentage dat een warmtebedrijf als efficiënte vermogenskostenvergoeding kan rekenen - in technische termen de WACC (*Weighted Average Cost of Capital*).⁵ Voor het vaststellen van de WACC is de aard van het aandeelhouderschap (publiek of privaat) niet relevant. De ACM gaat uit van objectief vergelijkbare data van vergelijkbare bedrijven.

2.2 Leveringszekerheid

Advies ACM

De ACM ziet vanuit haar rol als toezichthouder bij het borgen van de leveringszekerheid evenmin reden voor een verschillende behandeling van publieke en private bedrijven. Dat geldt niet alleen voor de taken die de ACM zelf op dit terrein verwacht te krijgen, maar ook voor de taken die naar verwachting aan gemeenten worden toebedeeld. Een voorwaarde is wel dat de ACM en gemeenten in een nieuwe Warmtewet voldoende sturingsmogelijkheden krijgen om het publieke belang van leveringszekerheid te borgen, los van de aard van het aandeelhouderschap. De minister heeft aangegeven aan het instrumentarium daarvoor te werken.

Toelichting

Bij leveringszekerheid is bepalend in hoeverre het collectieve warmtesysteem en in het bijzonder de warmtebronnen voldoende functioneren en er voldoende investeringen plaatsvinden om zonder onderbreking de aangesloten verbruikers van warmte te kunnen blijven voorzien (technische leveringszekerheid), alsmede in hoeverre het warmtebedrijf financieel en organisatorisch in staat is het collectieve warmtesysteem te exploiteren (financieel/organisatorische leveringszekerheid). Bij leveringszekerheid gaat het erom dat het collectieve warmtesysteem voldoende betrouwbaar is en dat een warmteleverancier in het collectieve warmtesysteem blijft investeren. Het staat hier buiten kijf dat een effectief instrumentarium nodig is om de leveringszekerheid te garanderen. Ook de ACM zal daarbij naar verwachting taken krijgen toebedeeld. In haar toezicht zal de ACM geen onderscheid maken tussen private en publieke bedrijven.⁶ Met een effectief instrumentarium kan zij de leveringszekerheid borgen, ongeacht het aandeelhouderschap.

⁵ Dit staat ook wel bekend als het redelijke rendement dat in het economische verkeer gebruikelijk is. De ACM hanteert voor alle gereguleerde sectoren een standaardmethodiek om de WACC te bepalen. De methodiek is erop gericht vast te stellen wat de vermogenskostenvergoeding is voor investeringen met vergelijkbare risico's. Zo schat de ACM het rendement op eigen vermogen door te kijken naar de rendementen op de aandelen van beursgenoteerde bedrijven in binnen- of buitenland die vergelijkbare activiteiten uitvoeren. Voor het bepalen van het rendement op vreemd vermogen kijkt de ACM naar de rentepercentages op verhandelbare obligaties van vergelijkbare bedrijven.

⁶ Om leveringszekerheid te garanderen kan het nodig zijn dat een aandeelhouder extra financiering beschikbaar stelt. Een publieke aandeelhouder kan dit alleen binnen de grenzen van staatssteun en heeft mogelijk toestemming van de Europese Commissie nodig.

In zijn brief van 20 december 2020 aan de Tweede Kamer zet de minister uiteen dat ook gemeenten een rol krijgen bij het borgen van het belang van leveringszekerheid. De minister wil de gemeenten de mogelijkheden en bevoegdheden geven om een warmtebedrijf aan te wijzen waarbij de gemeente toetst in hoeverre aan de eisen van leveringszekerheid kan worden voldaan. Zo moet de gemeente bij de vaststelling van de omvang van de kavel onder meer rekening houden met de *“voldoende beschikbaarheid van duurzame warmtebronnen en de technisch-economische mogelijkheid om een op zichzelf staand en in tijd robuust warmtesysteem te exploiteren”*. De minister merkt verder op dat gemeenten via de aanwijzing een regierol krijgen en dat er sturingsmogelijkheden komen, ook nadat een warmtebedrijf is aangewezen. De ACM maakt daaruit op dat gemeenten en de ACM voldoende wettelijke bevoegdheden zullen krijgen om de leveringszekerheid te kunnen borgen. De ACM merkt hierbij wel op dat er een duidelijke wettelijke taakverdeling moet zijn tussen de ACM en de gemeenten.

3. Rol voor de gereguleerde netbeheerder op de warmtemarkt

Vraagstelling

In zijn adviesaanvraag verzoekt de minister de ACM in te gaan op het effect van een eventuele rol voor netbeheerders in de warmtemarkt op de toezichtstaken van de ACM en op de borging van de publieke belangen op de markten voor elektriciteit en gas. Daarnaast vraagt de minister de ACM inzichtelijk te maken wat de gevolgen zijn van een eventuele rol voor netbeheerders voor de realisatie van publieke belangen in de warmtemarkt.

Advies ACM

De ACM adviseert de verantwoordelijkheid voor een integraal warmtebedrijf niet bij de netbeheerder neer te leggen. Dit is in strijd met het Europese recht. Als een netbeheerder de verantwoordelijkheid krijgt voor een integrale warmtevoorziening kan deze zich namelijk niet meer volledig onafhankelijk met het beheer van het elektriciteits- en gastransportnet bezig houden. Daardoor ontstaat een risico dat de netbeheerder niet alle aangeslotenen op het openbare elektriciteits- en gastransportnet op een zelfde wijze behandelt.

Toelichting

Het Europese recht, zoals dat in de Nederlandse wetgeving is of wordt geïmplementeerd, staat er aan in de weg dat een netbeheerder een verantwoordelijkheid krijgt voor een integrale warmtevoorziening.⁷ De netbeheerder is verantwoordelijk voor het beheer van een zeker, betrouwbaar en efficiënt elektriciteits- en gastransportnet. Een belangrijke voorwaarde daarvoor in het Europese energierecht is dat de netbeheerder het elektriciteits- en gastransportnet onafhankelijk beheert. De netbeheerder moet onafhankelijk van de belangen van productie en levering van elektriciteit en gas opereren om zo elk belangenconflict te voorkomen en de leveringszekerheid te waarborgen.⁸ Dit betekent dat het netbeheer in ieder geval voor wat betreft

⁷ Artikel 31 Richtlijn (EU) 2019/944 (electriciteit) en artikel 25 Richtlijn 2009/73/EG (gas). De ACM gaat hier uit van de meest recente richtlijnen. Die zullen uiteindelijk in de Nederlandse wetgeving worden verwerkt. De bepalingen uit de nieuwe richtlijn zijn gelijk aan de bepalingen van voorgaande richtlijn, zoals die onder andere tot uitdrukking zijn gekomen in de Wet onafhankelijk netbeheer. Daar komt de ACM nog op terug.

⁸ Overweging 68 Richtlijn (EU) 2019/944 (electriciteit) en overweging 8 Richtlijn 2009/73/EG (gas).

rechtsvorm, organisatie en besluitvorming onafhankelijk moet zijn gepositioneerd ten opzichte van activiteiten die niet de distributie van elektriciteit of gas betreffen.⁹ Om deze onafhankelijke positie te waarborgen is een effectieve en doeltreffende ontvlechting nodig tussen distributie enerzijds en de productie en/of levering van elektriciteit respectievelijk gas anderzijds.¹⁰

De verantwoordelijkheid voor een integrale warmtevoorziening heeft als gevolg dat de netbeheerder tevens de productie en de levering van warmte moet gaan organiseren. Dit kan op verschillende manieren de onafhankelijkheid van de netbeheerder aantasten. Hieronder schetst de ACM een aantal situaties om dit te verduidelijken:

- Het is zeker niet uit te sluiten dat netbeheerders bijvoorbeeld zullen willen kiezen voor een efficiënte oplossing voor de productie van warmte via een zogenoemde Stoom- en Gascentrale (STEG), waarbij ook elektriciteit wordt geproduceerd. De netbeheerders opereren dan niet meer onafhankelijk van de productie van elektriciteit of gas.
- De onafhankelijke positie staat ook onder druk als netbeheerders warmte bij andere partijen zouden inkopen die op hun net zijn aangesloten. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om een elektriciteitsproducent die ook warmte levert, of om een datacentrum waarvan warmte wordt afgenomen. Netbeheerders kunnen er dan bijvoorbeeld in congestiesituaties belang bij hebben om de geproduceerde of – in het geval van een datacentrum – af te nemen elektriciteit met voorrang te distribueren omdat daarmee ook de aanvoer van warmte is gegarandeerd.

4. Ruimere rol voor netwerkbedrijven op de warmtemarkt

Vraagstelling

De laatste vraag van de minister richt zich op het effect van een ruimere rol voor de netwerkbedrijven, als integraal warmtebedrijf, op de toezichtstaken van de ACM. Daarbij verzoekt hij de ACM in te gaan op de mogelijke gevolgen voor de borging van de publieke belangen op de elektriciteit- en gasmarkten en op de warmtemarkt.

Advies ACM

De ACM acht een uitbreiding van de rol van netwerkbedrijven met de integrale verantwoordelijkheid voor warmtevoorziening binnen een gemeente niet in strijd met Europeesrechtelijke bepalingen. Een dergelijke uitbreiding staat volgens de ACM wel op gespannen voet met doelstellingen van de Wet onafhankelijk netbeheer (Won).

Met de inwerkingtreding van de Won zijn productie, handel en levering van elektriciteit en gas buiten het netwerkbedrijf geplaatst en zijn nevenactiviteiten van de groep beperkt om kruissubsidies binnen de markt voor elektriciteit en gas te voorkomen en leveringszekerheid door de netbeheerder te waarborgen. Bij een uitbreiding van de taken van het netwerkbedrijf met een integrale warmtevoorziening moeten de Elektriciteits- en Gaswet worden aangepast om een uitbreiding van nevenactiviteiten en productie, handel en levering van elektriciteit en gas toe te staan. Door deze

⁹ Artikel 35 Richtlijn (EU) 2019/944 (electriciteit) en artikel 26 Richtlijn 2009/73/EG (gas). Distributie is in artikel 2 onder 28 Richtlijn 2019/944 gedefinieerd als ‘het transport van elektriciteit langs hoog-, midden- en laagspanningsdistributiesystemen met het oog op beleving aan afnemers, de levering zelf niet inbegrepen.’ In de Richtlijn 2009/73/EG (gas) staat een vergelijkbare definitie voor distributie.

¹⁰ Overwegingen 67 en 69 Richtlijn (EU) 2019/944 (electriciteit) en overweging 6 en 9 Richtlijn 2009/73/EG (gas).

uitbreiding van taken kan de onafhankelijkheid van de netbeheerder opnieuw in het geding komen, nemen de financiële risico's binnen het netwerkbedrijf toe en is er een verhoogd risico op kruissubsidies tussen elektriciteit, gas en warmte. Een uitbreiding van de taken van de netwerkbedrijven betekent volgens de ACM dat er strikte voorwaarden nodig zijn om deze risico's te beheersen. Deze voorwaarden zullen volgens de ACM ook nodig zijn om een gelijk speelveld tussen private en publieke partijen in de warmtemarkt te realiseren. De voorwaarden leiden tot zwaardere toezichtlasten voor de netwerkbedrijven en complex toezicht door de ACM.

Of onder deze strikte voorwaarden de voordelen van een verantwoordelijkheid van netwerkbedrijven voor een integrale warmtevoorziening opwegen tegen de nadelen, vraagt om een nadere beleidsmatige afweging. De ACM wijst ten behoeve van die afweging op de mogelijkheid om het warmtebedrijf buiten het netwerkbedrijf te positioneren, al dan niet geheel in publieke handen. Daarmee kunnen de genoemde risico's volledig worden weggenomen.

Toelichting

4.1 Het netwerkbedrijf als integraal verantwoordelijke voor warmte

Wet onafhankelijk netbeheer

In de vorige paragraaf is de ACM in haar advies ingegaan op de Europeesrechtelijke bepalingen om onafhankelijk netbeheer zeker te stellen. In de Europese lidstaten is hier op verschillende manieren invulling aan gegeven. In Nederland heeft de wetgever die onafhankelijke positie geborgd met de Won. De Nederlandse wetgever heeft met een juridische en economische splitsing tussen netbeheer en productie/levering voor een invulling en een beschermingsniveau van het publieke netbeheer gekozen die verder gaan dan in veel andere Europese landen.¹¹ Met de Won is onder andere bepaald dat een netwerkbedrijf alleen die nevenactiviteiten mag verrichten die in de wet zijn opgesomd (verbod op nevenactiviteiten).¹² Verder mag een netwerkbedrijf zich op grond van de Won binnen de groep niet bezighouden met de productie, handel en levering van elektriciteit en gas (groepsverbod). De wetgever heeft met deze wet gekozen voor een hoge mate van bescherming van de publieke belangen in de markt voor elektriciteit en gas.¹³ Het doel van het pakket is het garanderen van de onafhankelijkheid van de netbeheerder zodat deze zich volledig bezig kan houden met de uitvoering van zijn wettelijke taken.

Een ander doel van de Won is om elk risico op kruissubsidies van het netbeheer naar productie, handel en levering van elektriciteit en gas in ruime zin te voorkomen.¹⁴ Bij kruissubsidies gaat het om bijvoorbeeld het financieren van verlieslijdende activiteiten van een ander onderdeel van het netwerkbedrijf door de gegarandeerde inkomsten van de netbeheerder als monopolist. De wetgever wilde verder de netbeheerder niet aan onverantwoorde financiële risico's blootstellen, mede met het

¹¹ Zie uitspraak van het Hof van Justitie van 22 oktober 2013, gevoegde zaken C – 105/12 tot en met C – 107/12 waarin het Hof van Justitie heeft aangegeven dat het Nederlandse pakket aan maatregelen uit de Won wel in lijn is met de Europese doelstellingen.

¹² Voor een nadere toelichting op de bepaling over de nevenactiviteiten verwijst de ACM naar de *Concept Leidraad Netwerkbedrijven en alternatieve energiedragers*, zoals die door de ACM is gepubliceerd.

¹³ Zie de uitspraak van de Hoge Raad (hierna: HR) van 26 juni 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1728).

¹⁴ Zie *Kamerstukken II 2004 - 2005*, 30 212, nr. 3 en *Kamerstukken II, 2016 – 2017*, 34 627, nr. 3.

oog op het waarborgen van de leveringszekerheid¹⁵, waarvoor de betrouwbaarheid van het net een voorwaarde is. In de zaak Eneco e.a. over de Won-maatregelen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten voldoende geschikt en proportioneel zijn om kruissubsidies structureel uit te sluiten en ervoor te zorgen dat een netbeheerder zich volledig met het beheer en onderhoud van de netten bezig kan houden om zo de betrouwbaarheid en leveringszekerheid te garanderen.¹⁶

Risico's bij uitbreiding van de taak van het netwerkbedrijf

Binnen de huidige wettelijke kaders, zoals die met de Won zijn geïntroduceerd, kan een netwerkbedrijf geen verantwoordelijkheid voor een integrale warmtevoorziening op zich nemen. Deze activiteit is namelijk in de wet niet als toegestane nevenactiviteit genoemd.

Een verantwoordelijkheid voor de integrale warmtevoorziening is niet in lijn met het groepsverbod en staat op gespannen voet met de doelstelling van de Won zoals hierboven geschetst. De verwachting van de ACM is dat het netwerkbedrijf in dat geval als bijproduct van warmte ook elektriciteit en/of gas gaat produceren en/of een belang krijgt bij de productie van elektriciteit of gas door een derde partij. In de bespreking van de rol van de *netbeheerder* hierboven heeft de ACM al gewezen op dit risico. Hetzelfde risico doet zich voor bij uitbreiding van de rol van een *netwerkbedrijf*.¹⁷ Bij positionering van het warmtebedrijf binnen een netwerkbedrijf zou productie en/of levering weliswaar niet bij de netbeheerder zelf plaatsvinden, maar ook in deze constellatie blijven er risico's op aantasting van het onafhankelijke netbeheer. De moeder van het netwerkbedrijf krijgt dan belang bij een optimale exploitatie van een integraal warmtesysteem en kan de netbeheerder onder druk zetten bepaalde aangeslotenen (bijvoorbeeld bij inkoop van restwarmte) discriminator te behandelen.

In aanvulling daarop wijst de ACM in dit verband op een tweetal andere risico's. In de eerste plaats brengt een uitbreiding van de taken van het netwerkbedrijf met zich mee dat het financiële risico binnen de groep toeneemt. Het netwerkbedrijf moet dan bijvoorbeeld het bron- of vollooproisico op zich nemen. Dit verhoogt het risico dat een netbeheerder niet meer kan voldoen aan de financiële eisen van kredietwaardigheid zoals die wettelijk zijn vastgelegd. Daarmee kan het publieke belang van leveringszekerheid onder druk komen te staan.¹⁸ De financiële risico's nemen navenant toe als het netwerkbedrijf moet bijdragen aan de investeringsambities voor warmte die zijn voorzien in het kader van de energietransitie. Een systeem van tariefregulering sluit deze financiële risico's immers niet uit en verlaagt ze evenmin. Als de risico's zich voordoen kan dit financiële gevolgen hebben die het totale netwerkbedrijf moet opvangen. Dat kan haar weerslag op het netbeheer hebben en kan betekenen dat een netbeheerder uiteindelijk toch minder kan gaan investeren in het elektriciteitsnet, terwijl daar de komende jaren met name vanuit de doelstellingen voor de energietransitie grote investeringsopgaven liggen. Een voorbeeld zijn de benodigde investeringen om de problematiek van schaarse capaciteit op het elektriciteitsnet op te lossen. Een netbeheerder moet in alle

¹⁵ Zie ook *Kamerstukken II*, 2016 – 2017, 34 627, nr. 3, p. 5.

¹⁶ Zie HR van 26 juni 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1728).

¹⁷ De ACM heeft er eerder ook al voor gepleit terughoudend te zijn bij een uitbreiding van de taken van een netwerkbedrijf. ACM *Invulling tijdelijke taken, experimenten en activiteiten onder VET*, 1 maart 2017.

¹⁸ Zie artikel 18a Elektriciteitswet en artikel 10e Gaswet.

onafhankelijkheid investeringsbeslissingen kunnen nemen om de wettelijke taken uit te kunnen voeren.

In de tweede plaats is er het toenemend risico op kruissubsidies en bevoordeling tussen verschillende activiteiten binnen de groep en op minder transparantie. Dit geldt uiteraard voor mogelijke kruissubsidies of bevoordeling vanuit het netbeheer naar productie of levering van elektriciteit en/of gas. Dezelfde risico's kunnen zich eveneens manifesteren richting een warmtebedrijf binnen een netwerkbedrijf dat concurreert met andere warmtebedrijven. Dit kan gevolgen hebben voor de mate van gelijkheid van het speelveld op de warmtemarkt. Het kan leiden tot voordelen voor warmtebedrijven, als onderdeel van publieke netwerkbedrijven, die private bedrijven niet kunnen evenaren. Als dat zou betekenen dat private bedrijven zich terugtrekken uit de warmtemarkt of hun activiteiten op de warmtemarkt inperken zal dit de ontwikkeling van de warmtemarkt belemmeren.

Beperken van risico's

Uit bovenstaande trekt de ACM de conclusie dat als de wetgever kiest voor uitbreiding van de taken van een netwerkbedrijf een aanvullend pakket aan maatregelen nodig is om de genoemde risico's te beperken.

In de eerste plaats zijn er aanvullende maatregelen nodig om de onafhankelijke positie van de netbeheerder zeker te stellen, gelet op de grotere risico's die gepaard gaan met een verantwoordelijkheid voor een integrale warmtevoorziening binnen het netwerkbedrijf. Die moeten op een zodanige inrichting van de governance-structuur gericht zijn dat onafhankelijkheid van de netbeheerder is geborgd. De netbeheerder moet hoe dan ook volledig zelfstandig investeringsbeslissingen kunnen nemen en moet zelfstandig in staat zijn daarvoor financiering aan te trekken. Bij de uitvoering van haar wettelijke taken moet de netbeheerder verder geen rekening hoeven te houden met het belang van het warmtebedrijf. De moeder moet bijvoorbeeld niet af kunnen dwingen dat de netbeheerder een datacentrum discriminator behandelt omdat het ook restwarmte levert aan het warmtebedrijf. Dat zou betekenen dat bestuurders van de holding en van het warmtebedrijf niet deel uit kunnen maken van het bestuur van de netbeheerder en dat deze laatste een eigen (onafhankelijke) raad van commissarissen heeft.

In de tweede plaats zijn maatregelen nodig om financiële risico's voor het netbeheer als gevolg van de activiteiten binnen het warmtebedrijf af te schermen. Deze moeten er voor zorgen dat de netbeheerder en het warmtebedrijf financieel onafhankelijk van elkaar kunnen opereren en het warmtebedrijf en de netbeheerder niet economisch afhankelijk van elkaar zijn. Dit kan bijvoorbeeld ook betekenen dat de activa van de netbeheerder niet tot zekerheid kunnen dienen voor de financiering van de holding of het warmtebedrijf binnen het netwerkbedrijf.

In de derde plaats zijn ter voorkoming van strategisch gedrag via kruissubsidiëring gedetailleerde regels noodzakelijk voor de toerekening van allerlei kostensoorten aan de verschillende onderdelen binnen de holding en voor intra-groep transacties. Dergelijke regels zouden in dat geval niet alleen moeten worden aangebracht tussen de netbeheerder en de andere onderdelen van het netwerkbedrijf, zoals nu al het geval is, maar ook binnen het netwerkbedrijf zelf, tussen het gereguleerde warmtebedrijf en de overige onderdelen van het netwerkbedrijf. Bovendien moet er, om tot een zorgvuldige kostentoe rekening te komen, volstrekte transparantie bestaan over de

kosten en opbrengsten van gereguleerde en niet-gereguleerde activiteiten die binnen het netwerkbedrijf plaatsvinden.

Dergelijke maatregelen zijn ingrijpend, niet in de laatste plaats voor de betreffende bedrijven zelf. Die worden geconfronteerd met fors hogere toezichtlasten en -kosten. De ervaring van de ACM is dat het toezicht complexer wordt en in de praktijk tot vele disputen kan leiden tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde. De verwachting van de ACM is dat de genoemde risico's niet volledig en effectief zijn te mitigeren omdat zij hoe dan ook maar in beperkte mate "onder de motorkap" van de hele groep kan kijken.

Beleidsmatige afweging

Een beslissing om integrale warmtebedrijven onder te brengen bij netwerkbedrijven vergt uiteindelijk een beleidsmatige afweging, waarin de geschetste risico's en de impact van de maatregelen om die te beperken worden meegewogen.

4.2 Het speelveld op de warmtemarkt en de energietransitie

Het is naar het oordeel van de ACM bij de genoemde beleidsmatige afweging wenselijk ook het belang te betrekken van een gelijk speelveld voor private en publieke partijen (waaronder netwerkbedrijven). De ACM hecht aan een gelijk speelveld voor zowel publieke als private bedrijven. De huidige private bedrijven hebben inmiddels meerjarige ervaring met beheer en exploitatie van warmtenetten. Die expertise in de markt is van groot belang bij het tijdig realiseren van de doelstellingen van het Klimaatakkoord ten aanzien van de energietransitie. Daarbij doelt de ACM niet alleen op de grotere private bedrijven die op de warmtemarkt actief zijn, maar ook op een aantal kleinere private warmtebedrijven dat kleinschaligere oplossingen kan bieden voor de uitdagingen van de energietransitie of nieuwe toetreders.

In zijn brief van 20 december 2019 maakt de minister duidelijk dat zowel publieke als private warmtebedrijven in aanmerking komen voor een aanwijzing. De ACM vindt dat een goede zaak. Zij is tevens van oordeel dat de nieuwe Warmtewet met het oog op een gelijk speelveld moet voorzien in een transparant en non-discriminatoir proces om tot een gemeentelijk aanwijzingsbesluit te komen. In het proces om tot een aanwijzing te komen moeten publieke, private en gemengde warmtebedrijven met elkaar kunnen concurreren om een gebied van warmte te voorzien zodat zo veel als mogelijk concurrentie om de markt zal ontstaan.¹⁹

Het proces om tot de aanwijzing te komen moet nog worden uitgewerkt. Daarbij zijn naar het oordeel van de ACM op de eerste plaats procedurele waarborgen nodig om er bij een eventuele uitbreiding van de taken van een netwerkbedrijf voor te zorgen dat private warmtebedrijven en netwerkbedrijven niet alleen juridisch, maar ook feitelijk een gelijke mogelijkheid krijgen om door een gemeente te worden aangewezen zodat hier een gelijk speelveld ontstaat. Het kan zijn dat hier extra waarborgen nodig zijn om er voor te zorgen dat een gemeente niet als vanzelfsprekend voor aanwijzing van een netwerkbedrijf kiest of het netwerkbedrijf bevoordeelt. Een overweging hier is om bij het aanwijzingsproces een vorm van onafhankelijk toezicht op de gemeentelijke aanwijzing te organiseren. In elk geval moet voorkomen worden dat een aandeelhouder van een

¹⁹ Zie ook de brief van de minister van 17 maart 2020.

netwerkbedrijf (bijvoorbeeld een provincie) toezicht houdt op de uitvoering van dit aanwijzingsproces. De ACM is graag bereid om desgewenst die rol van onafhankelijk toezichthouder te vervullen.

De ACM merkt daarbij tevens op dat, naast de eisen van transparantie en non-discriminatie, gemeenten in een aantal gevallen ondersteuning nodig zullen hebben om ervoor te zorgen dat zij voldoende in staat zijn het warmtebedrijf met het beste aanbod te kiezen. Los van de voorliggende keuze ten aanzien van een eventuele uitbreiding van de rol van netwerkbedrijven acht de ACM het van belang dat gemeenten de hen toebedeelde regierol op adequate wijze kunnen invullen en voldoende sturingsmogelijkheden krijgen om warmtebedrijven “*tegenspe*” te kunnen bieden. Daarbij zijn naar verwachting aanvullende maatregelen wenselijk om ervoor te zorgen dat gemeenten hun voorwaarden goed kunnen specificeren en voldoende inzicht kunnen verwerven in de kwaliteit van de door publieke en private warmtebedrijven voorgelegde aanbieding, de consequenties daarvan en de onderliggende kosten. De door de minister beoogde versterking van het Expertise Centrum Warmte kan daarbij een belangrijke rol kan spelen.

4.3 *Buiten het netwerkbedrijf plaatsen*

Tot slot wil de ACM als overweging meegeven dat op grond van de huidige wetgeving de mogelijkheid al bestaat om warmteactiviteiten volledig buiten het netwerkbedrijf te plaatsen. De voorwaarden hiervoor moeten uiteraard nog worden uitgewerkt. De bestaande aandeelhouders van de netwerkbedrijven kunnen bijvoorbeeld in dat geval een nieuw warmtebedrijf oprichten. Er kunnen dan tussen het nieuw opgerichte warmtebedrijf en het netwerkbedrijf geen directe financiële belangen meer bestaan. Bij een keuze voor positionering buiten het netwerkbedrijf zouden ook andere dan de huidige aandeelhouders als aandeelhouder kunnen toetreden. Van een spanningsveld met de WvO zou overigens ook geen sprake zijn indien gemeenten individueel of gezamenlijk een eigen warmtebedrijf starten of het aandeelhouderschap bijvoorbeeld delen met een privaat bedrijf. Op dit moment zijn er al verschillende gemeenten, al dan niet in samenwerking met elkaar, die een dergelijk publiek warmtebedrijf hebben opgericht.