



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

Den Haag, 21 augustus 2020

Aantal bijlagen :
Uw kenmerk :
Ons kenmerk : ACM/UIT/539827
Contactpersoon : ██████████ ██████████@acm.nl 070 ██████████
Onderwerp : ACM/20/039195 Aanbieding advies rol netwerkbedrijven warmte

Geachte heer Gaastra,

Op 16 juli 2020 heeft de Minister van Economische Zaken en Klimaat de Autoriteit Consument & Markt (hierna: de ACM) gevraagd advies uit te brengen over de (aanvullende) voorwaarden waaraan een netwerkbedrijf zou moeten voldoen, in het licht van de Europese regels en nationale regels voor het onafhankelijk netbeheer voor elektriciteit en gas, indien zij het economisch eigendom heeft van het warmtenet van een collectief warmtesysteem en het warmtenet verzorgt, terwijl het aangewezen warmtebedrijf de integrale verantwoordelijkheid voor de warmtelevering draagt (uw kenmerk: DGKE/20188302).

Hierbij treft u het gevraagde advies aan. Daarbij gaat de ACM ook in op de vraag aan welke voorwaarden een aangewezen warmtebedrijf moet voldoen om effectief toezicht mogelijk te maken indien het de integrale verantwoordelijkheid voor de warmtelevering draagt en niet over het economisch eigendom van het warmtenet beschikt.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

Vervolgadvies over maatregelen in verband met rol netwerkbedrijven als beheerders van warmtenetten

1. Inleiding

1. Op 17 juli 2020 heeft het ministerie van Economische Zaken en Klimaat de Autoriteit Consument & Markt (hierna: de ACM) gevraagd te adviseren over een tweetal vraagstukken rond het wetsvoorstel Collectieve Warmtevoorziening, dat op 22 juni 2020 in consultatie is gegaan. Het eerste vraagstuk betreft de voorwaarden waaraan een netwerkbedrijf zou moeten voldoen indien deze het economisch eigendom heeft van het warmtenet van een collectief warmtesysteem en het warmtenet verzorgt, terwijl het aangewezen warmtebedrijf de integrale verantwoordelijkheid voor de warmtelevering draagt. De adviesaanvraag verwijst daarbij specifiek naar de Europese regels en nationale wet- en regelgeving voor het onafhankelijk netbeheer voor elektriciteit en gas. Het tweede vraagstuk betreft de voorwaarden waaronder een aangewezen warmtebedrijf de integrale verantwoordelijkheid kan invullen voor de warmtelevering indien dat warmtebedrijf niet over het economisch eigendom van het warmtenet beschikt. De minister nodigt de ACM uit op deze voorwaarden te reflecteren vanuit de behoefte effectief toezicht te kunnen uitoefenen.

In dit advies gaat de ACM in op beide vraagstukken.

2. Dit advies van de ACM bouwt voort op de vorige adviezen die zij heeft uitgebracht in verband met een mogelijke rol van netwerkbedrijven op de warmtemarkt. Deze eerdere adviezen zien op de voorwaarden die de ACM nodig acht als netwerkbedrijven als aangewezen warmtebedrijf *integraal* verantwoordelijk zijn voor de warmtevoorziening.¹
3. In haar adviesaanvraag van 9 juni 2020 heeft het ministerie de ACM verzocht te adviseren over een pakket aan maatregelen indien netwerkbedrijven een aanwijzing zouden kunnen krijgen van een gemeente als warmtebedrijf met integrale verantwoordelijkheid voor de warmtevoorzieningen binnen een warmtekavel. De ACM heeft er in haar advies van 12 juni 2020 op gewezen dat zij in die situatie additionele risico's ziet die verband houden met de verwachting dat de productie van warmte door een netwerkbedrijf gepaard zal gaan met de productie, handel en levering van elektriciteit en/of gas als bijproduct. Het netwerkbedrijf zou dan gekwalificeerd moeten worden als verticaal geïntegreerd energiebedrijf. Dan zouden specifieke Europese regels van toepassing zijn die beogen de risico's daarvan voor onafhankelijk netbeheer weg te nemen. De ACM heeft in dat advies de maatregelen in de Elektriciteits- en Gaswet geschetst die als gevolg daarvan noodzakelijk zouden zijn².

¹ Advies van 20 maart 2020 (ACM/UIT/530050): netwerkbedrijven kunnen alleen onder strikte voorwaarden integraal verantwoordelijk voor warmtevoorzieningen zijn, omdat zij zich dan waarschijnlijk ook gaat bezig houden met de productie en handel van elektriciteit en gas. Advies van 12 juni 2020 (ACM/UIT/530050): de ACM geeft een eerste duiding van de maatregelen die uit het Europese recht voortvloeien en noodzakelijk zijn als netwerkbedrijven een integrale verantwoordelijkheid voor de warmtevoorziening zouden krijgen.

² Zie advies ACM 12 juni 2020, p. 3

4. Op grond van de adviesaanvraag gaat de ACM er in dit advies van uit dat de rol van het netwerkbedrijf zich beperkt tot het verzorgen van het warmtenet en de gemeente geen netwerkbedrijf aanwijst als verticaal geïntegreerd warmtebedrijf. Omdat de in randnummer 3 genoemde risico's zich in dit geval dus niet voordoen, constateert de ACM dat de betreffende Europeesrechtelijke bepalingen nu niet van toepassing zijn.³ Aanpassingen van de Elektriciteits- en Gaswet om de doelstellingen te borgen die de wetgever voor ogen had met de Wet Onafhankelijk Netbeheer zijn nu derhalve niet nodig.
5. Onder het verzorgen van het warmtenet verstaat de ACM het aanleggen van de infrastructuur ten behoeve van (de levering van) warmte, en/of het beheren van deze infrastructuur. Het advies ziet op de situatie waarin een netwerkbedrijf één of beide activiteiten uitvoert. Beheer kan ook het transport van warmte omvatten, en het onderhouden van deze infrastructuur.⁴
6. In dit advies staan, net als in beide voorgaande adviezen van de ACM, de mogelijke risico's van warmteactiviteiten door netwerkbedrijven centraal. De ACM wijst er op dat de omvang van die risico's, gelet op de vele onzekerheden die gepaard gaan met de energietransitie, op dit moment nog lastig is in te schatten. Wat wel duidelijk is, is dat collectieve warmtesystemen aan de vooravond van een expansieve periode staan.⁵ Voor de specifieke situatie waarin het netwerkbedrijf een warmtenet verzorgt zullen de risico's in belangrijke mate afhangen van ontwikkelingen en beleidskeuzes rond de warmtetransitie en van keuzes die binnen de lokale warmteketens nog gemaakt zullen moeten worden ten aanzien van de lokale warmtevoorziening. Voor dit advies betekent dit dat de ACM er weliswaar op kan wijzen dat bepaalde risico's zich kunnen voordoen, maar zich slechts in beperkte mate een oordeel kan vormen over de werkelijke omvang van deze risico's. De voorgestelde maatregelen die overwogen kunnen worden om publieke belangen te beschermen gaan uit van de situatie waarin warmteactiviteiten een significante omvang krijgen ten opzichte van het onafhankelijk netbeheer elektriciteit en gas. In algemene zin is het derhalve van belang met het voortschrijden van de warmtetransitie de vinger aan de pols te houden waar het gaat om het nemen van passende maatregelen om specifieke risico's ten aanzien van het onafhankelijk netbeheer weg te nemen.⁶
7. Onder onafhankelijk netbeheer verstaat de ACM de mogelijkheid voor een netbeheerder elektriciteit en gas om zelfstandig keuzes te maken over de uitvoering van haar wettelijke taken, bijvoorbeeld welke investeringen hij doet. De wettelijke taken van de netbeheerder

³ Hierbij verwijst de ACM naar de Europese regelgeving die in haar tweede advies van 12 juni werd benoemd; artikel 35 richtlijn (EU) 2019/944 (elektriciteit) en artikel 26 richtlijn 2009/73/EG (gas).

⁴ Zie artikel 17c, lid 2 onderdeel e van de Elektriciteitswet en artikel 10d, lid 2 onderdeel e van de Gaswet.

⁵ Volgens de Memorie van Toelichting bij het geconsulteerde wetsvoorstel is momenteel ongeveer 5,5% van de Nederlandse huishoudens aangesloten op een collectief warmtesysteem (CBS, 2018). In potentie is een groei mogelijk naar 20-25% van de huishoudens in 2050.

⁶ De Elektriciteits- en Gaswet bevatten een aantal waarborgen dat bijdraagt aan het voorkomen van het omgekeerde, i.c. dat financiële risico's bij het beheer van elektriciteits- en gasnetten gevolgen kunnen hebben voor het warmtenetbeheer door netwerkbedrijven.

elektriciteit en gas zijn vastgelegd in de Elektriciteits- en Gaswet en hebben tot doel de publieke belangen van het netbeheer – leveringszekerheid, betaalbaarheid en duurzaamheid – te waarborgen. Met onafhankelijkheid is ook financiële onafhankelijkheid bedoeld: risico's die gepaard gaan met de uitvoering van nevenactiviteiten (zoals warmtenetbeheer) mogen op geen enkele wijze het netbeheer elektriciteit en gas en de uitvoering van de wettelijke taken in gevaar brengen.

8. Het advies is als volgt opgebouwd. Om te beginnen schetst de ACM de relevante context voor het advies en schetst zij de uitgangspunten die zij ten behoeve van haar advisering hanteert. Voorts gaat het advies in op de vraag of het verzorgen van een warmtenet door een netwerkbedrijf extra risico's met zich mee kan brengen voor onafhankelijk netbeheer elektriciteit en gas. Daarna beantwoordt de ACM de vraag of aanvullende voorwaarden nodig zijn indien een netwerkbedrijf het economisch eigendom heeft van een warmtenet en het warmtenet verzorgt. In aanvulling op de risico's voor onafhankelijk netbeheer stipt de ACM in het daaropvolgende hoofdstuk een aantal additionele risico's aan die zij ziet, en noemt zij enkele aanvullende maatregelen. Deze hebben betrekking op het gelijke speelveld op de markt voor warmtenetbeheer. In het laatste hoofdstuk behandelt de ACM de vraag aan welke voorwaarden een aangewezen warmtebedrijf dat de integrale verantwoordelijkheid voor warmtelevering draagt moet voldoen om effectief toezicht door de ACM mogelijk te maken indien het niet beschikt over het economisch eigendom van het warmtenet.

2. Uitgangspunten voor het advies

9. Vertrekpunt voor dit advies is dat de gemeente een warmtebedrijf aanwijst, en dat het aangewezen warmtebedrijf integraal verantwoordelijk is voor de gehele warmteketen.⁷ Dit is een pijler in het huidige wetsvoorstel. Daarin is bepaald dat het warmtebedrijf niet alle activiteiten in de warmteketen zelf hoeft uit te voeren maar voor een of meerdere activiteiten derde partijen kan inschakelen, bijvoorbeeld voor de productie of het beheer van het warmtenet. Hierbij blijft het aangewezen warmtebedrijf echter integraal verantwoordelijk voor de warmteketen. De ACM ziet dit als een hybride marktmodel, dat te onderscheiden is van het marktmodel voor elektriciteit en gas, waarvoor van elkaar te onderscheiden en volledig gescheiden eigendomsverhoudingen, rollen en taken voor netbeheer en levering in de Elektriciteits- respectievelijk Gaswet zijn opgenomen.
10. In het geconsulteerde wetsvoorstel is nog bepaald dat het aangewezen warmtebedrijf dient te beschikken over het economisch eigendom van in ieder geval het warmtenet. Op basis van de adviesaanvraag zal in dit advies worden ingegaan op de situatie waarin dat niet meer het geval is en een netwerkbedrijf over het economisch eigendom beschikt.

⁷ Dit advies ziet niet op (het verzorgen van) kleine netten, omdat hiervoor geen warmtebedrijf zal worden aangewezen. Het advies gaat evenmin in op warmtetransportbedrijven. Voor laatstgenoemde geldt volgens het wetsvoorstel collectieve warmtevoorziening immers dat de aanleg en het beheer van het warmtetransportnet afgezonderd is van de rest van de warmteketen en dat de warmtetransportbeheerder wordt aangewezen door de Minister.

11. Zoals aangegeven gaat de ACM er in het kader van dit advies van uit dat de rol van het netwerkbedrijf⁸ zich beperkt tot het verzorgen van het warmtenet. Bij de voorbereiding van dit advies heeft de ACM zich er rekenschap van gegeven dat er momenteel op kleine schaal al netwerkbedrijven zijn die een rol als warmtenetbeheerder in de gemeentelijke warmtevoorziening vervullen. Zo heeft de ACM er kennis van genomen dat Firan, onderdeel van netwerkbedrijf Alliander, als warmtenetbeheerder in het Warmtenetwerk Zaanstad B.V fungeert.

3. Risico's voor onafhankelijk netbeheer elektriciteit en gas en wenselijkheid van additionele maatregelen daarvoor

12. De vraag is of het verzorgen van een warmtenet door een netwerkbedrijf extra risico's met zich mee brengt voor onafhankelijk netbeheer elektriciteit en gas. Het gaat hierbij om risico's die er toe zouden kunnen leiden dat de netbeheerder elektriciteit en gas niet langer onafhankelijk haar wettelijke taken kan uitvoeren en om welke maatregelen de ACM wenselijk acht ter bescherming van het onafhankelijk netbeheer. Enerzijds onderkent de ACM daarbij het belang van de mogelijkheid om financiële middelen aan te trekken door de verschillende partijen die in de energietransitie zijn betrokken. Anderzijds is van belang dat de onafhankelijkheid van het netbeheer op geen enkele wijze in gevaar komt. Naar het oordeel van de ACM zal de proportionaliteitsvraag betrokken moeten worden bij het besluitvormingsproces over concrete maatregelen. Niet ieder risico rechtvaardigt naar de mening van de ACM altijd een maatregel. Het middel mag - kort gezegd - niet erger zijn dan de kwaal.

3.1. Risico's van een warmtenetbeheerder voor onafhankelijk netbeheer van elektriciteits- en gasnetten

Risico's van warmtenetten

13. De aanleg en het beheer van warmtenetten brengt risico's met zich mee voor de warmtenetbeheerder die kenmerkend zijn voor een kapitaalintensieve sector, zoals hoge aanloopkosten en een laag rendement op investeringen in de opstartfase. Het gaat om risico's die verband houden met de omvang van noodzakelijke investeringen, de noodzaak daar extra vermogen voor aan te trekken, en het pas op lange termijn terug kunnen verdienen van de investeringen. Voor de continuïteit en het kunnen aantrekken van vermogen is het van belang een gezonde financiële positie van het bedrijf te waarborgen. Daarnaast gelden er ook andere plannings- uitvoerings-, en operationele risico's voor de warmtenetbeheerder. Hierbij kan gedacht worden aan het niet in staat zijn een warmtenet tijdig aan te leggen, dat wil zeggen voordat aansluitingen daadwerkelijk plaats moeten vinden, het niet tijdig kunnen aansluiten van de warmtebron op het warmtenet, matige kwaliteit en onderhoud van het net en beperkte beschikbaarheid van geschikt personeel.

14. Het is niet uitgesloten dat een netwerkbedrijf met het verzorgen van een warmtenet ook

⁸ Een netwerkbedrijf is een rechtspersoon die onderdeel uitmaakt van de groep waartoe ook een netbeheerder elektriciteit en/of gas behoort.

(mede)verantwoordelijk wordt voor exploitatie- en volloopriscio's van het aangewezen warmtebedrijf. Dergelijke risico's zijn kenmerkend voor warmtebedrijven en in de praktijk zal het afhangen van onderlinge contractuele afspraken tussen het aangewezen warmtebedrijf en de warmtenetbeheerder wie deze risico's (financieel) draagt. Omdat deze risico's deels bij netwerkbedrijf terecht kunnen komen, is het aan de publieke aandeelhouders van het netwerkbedrijf om te bepalen hoe zij hiermee om willen gaan. Ook kunnen deze risico's hun weerslag hebben op het netbeheer elektriciteit en gas. Hier wordt in het navolgende hoofdstuk op ingegaan.

Weerslag op netbeheer elektriciteit en gas

15. Met het oog op het belang van onafhankelijk netbeheer is het onwenselijk dat de risico's die gepaard gaan met de aanleg en het beheer van warmtenetten een negatieve financiële weerslag hebben op de netbeheerder elektriciteit en gas. Het zou eveneens een onwenselijke situatie zijn als de netbeheerder elektriciteit en gas zich garant stelt voor (onderdelen van) de warmtenetbeheerder. Dit gaat immers gepaard met risico's die door de onafhankelijke netbeheerder gedragen moeten worden en de publieke belangen leveringszekerheid, betaalbaarheid en duurzaamheid in gevaar kunnen brengen.
16. Deze risico's zullen toenemen naarmate het verzorgen van warmtenetten een prominenter rol gaat spelen in het totaal aan activiteiten die netwerkbedrijven uitvoeren. De wet bepaalt nu dat de netwerkgroep zich in hoofdzaak richt op het beheer van elektriciteits- en gasnetten. Indien warmteactiviteiten van het netwerkbedrijf significant toenemen, en een belangrijk onderdeel gaan vormen van de activiteiten van het netwerkbedrijf, is een situatie denkbaar dat daarvan geen sprake meer zal zijn.

3.2. Zijn aanvullende maatregelen nodig voor onafhankelijk netbeheer?

Bestaande waarborgen tegen financiële risico's en beperking van nevenactiviteiten

17. Een eerste waarborg is te vinden in artikel 18a Elektriciteitswet en artikel 10e Gaswet. Indien de netbeheerder niet voldoet aan een goed financieel beheer, mag hij geen dividend uitkeren en is hij verplicht tot het opstellen van een herstructureringsplan.
18. Daarnaast heeft de wetgever op grond van artikel 17c, lid 2 Elektriciteitswet en artikel 10d, lid 2 Gaswet de toegestane nevenactiviteiten beperkt. De wetgever heeft hiermee willen waarborgen dat de focus van het netwerkbedrijf blijft liggen op de uitvoering van de wettelijke taken van de netbeheerder elektriciteit en gas, om op die manier te voorkomen dat het netbeheer in gevaar kan komen.⁹
19. De ACM geeft zich er rekenschap van dat warmteactiviteiten in belangrijke mate zijn gereguleerd, waarbij onder meer de inkomsten via tariefregulering worden bepaald. Daarmee zijn die activiteiten van een andere aard dan de overige nevenactiviteiten, waarbij het primair

⁹ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 627, nr. 3

om commerciële risico's gaat. Niettemin zullen de (financiële) risico's zoals beschreven in randnummer 13 en 14 met de groei van werkzaamheden in het warmtenetbeheer navenant toenemen. De risico's die voortvloeien uit warmteactiviteiten dienen tezamen met andere risico's binnen de netwerkgroep bezien te worden die spelen in het kader van de energietransitie.¹⁰

Voorgestelde aanvullende waarborgen

20. De voorgestelde waarborgen moeten er naast de reeds bestaande wettelijke waarborgen aan bijdragen dat de netbeheerder elektriciteit en gas over effectieve bevoegdheden en over voldoende financiële middelen en personeel beschikt om autonoom investeringsbeslissingen te kunnen nemen en zijn wettelijke taken adequaat uit te voeren.

a. Zekerheden, aansprakelijkheden en governancestructuur

21. De ACM heeft hierboven geconstateerd dat de aard en omvang van de risico's in het geval een netwerkbedrijf alleen een warmtenet verzorgt anders zullen zijn dan wanneer het aangewezen warmtebedrijf integraal verantwoordelijk zou zijn voor de warmtevoorziening. In de eerste plaats zal er geen sprake meer zijn van commerciële risico's die het gevolg zijn van de productie en levering van warmte. Daarnaast zal de omvang van de overblijvende risico's in sterke mate afhankelijk zijn van de vraag in hoeverre volloop- en exploitatierisico's van het warmtenet bij de warmtenetbeheerder zullen worden belegd.

Een effectieve maatregel om die risico's te adresseren zou kunnen zijn om die expliciet bij het warmtebedrijf te leggen of door de financiële banden tussen de warmtenetbeheerder en de rest van het netwerkbedrijf in te perken door bijvoorbeeld een verbod op het stellen van zekerheden en garantstellingen die de onafhankelijke netbeheerder verstrekt ten behoeve van de financiering van warmteactiviteiten van het netwerkbedrijf. Dergelijke zekerheden en garantstellingen kunnen de onafhankelijkheid van de netbeheerder - en de daarmee samenhangende publieke belangen - direct in gevaar brengen. Ook zou in de wet opgenomen kunnen worden dat de netbeheerder elektriciteit en gas zich niet hoofdelijk aansprakelijk mag stellen voor schulden van het netwerkbedrijf. Deze bepalingen stonden al in de "oude" E en G wet.¹¹

Een aanvullende maatregel zou kunnen zijn om ook te bepalen dat de bestuurders van de holding en van de warmtenetbeheerder niet ook deel mogen uitmaken van het bestuur van de netbeheerder gas en elektriciteit¹². Een oordeel over de proportionaliteit van deze maatregel vergt - in het licht van de omvang en weging van genoemde risico's - uiteindelijk een beleidsmatige afweging.

¹⁰ Naar verwachting zullen de onafhankelijk netbeheerders elektriciteit en gas, hun activiteiten ten aanzien van gas netbeheer (deels) afbouwen. Op korte termijn brengt dit nog aanzienlijke risico's met zich mee (stranded assets) maar op langere termijn kunnen deze afnemen als de activiteiten rondom gasnetbeheer worden teruggebracht.

¹¹ Hierbij verwijst de ACM naar artikel 17, lid 3, Elektriciteitswet (oud) en artikel 10b, lid 3 Gaswet (oud) zoals deze artikel luiden tot 1 januari 2019.

¹² In haar advies van 20 maart 2020 heeft de ACM ook gewezen op de wenselijkheid van onafhankelijk bestuur in verband met mogelijke financiële risico's van warmtenetten.

De ACM zou via haar toezicht een rol kunnen spelen bij het signaleren van ontwikkelingen ten aanzien van het beleggen van de genoemde risico's.

b. Nevenactiviteiten

22. Zoals opgemerkt is het netwerkbedrijven onder de huidige wetgeving toegestaan infrastructuur voor warmte aan te leggen en te beheren, met inbegrip van transport van warmte over deze infrastructuur en het plegen van onderhoud. Andere werkzaamheden die gelieerd kunnen worden aan warmtenetbeheer, zoals handel, levering en productie van warmte, zijn met de in de wet opgenomen beperking van nevenactiviteiten niet toegestaan voor het netwerkbedrijf. De ACM maakt hierbij een tweetal opmerkingen.

b1. Reikwijdte verbod op nevenactiviteiten

23. De huidige beperking van toegestane nevenactiviteiten geldt alleen voor groepsmaatschappijen. Niet altijd zal een rechtspersoon waar een onderdeel van het netwerkbedrijf bij betrokken is, als groepsmaatschappij kwalificeren. Of sprake is van een groepsmaatschappij, hangt van de aard en vormgeving van de zeggenschap af. Een joint venture is bijvoorbeeld in sommige gevallen geen groepsmaatschappij en zal daarom meer activiteiten mogen ontplooiën dan opgesomd in de Elektriciteits- en Gaswet. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een netwerkbedrijf via (minderheids-)deelnemingen betrokken raakt bij de productie van warmte. Door deze deelnemingen, zeker als het om meerdere deelnemingen gaat en/of om deelnemingen die in financiële zin omvangrijk zijn, kunnen additionele (financiële) risico's toch binnen de groep⁵ worden gebracht, die juist met de beperking van nevenactiviteiten zijn beoogd buiten de groep te houden. De ACM wijst daarom op het risico van mogelijke uitholling van de inperking van nevenactiviteiten. Dat zou te ondervangen zijn door het huidige verbod op nevenactiviteiten, dat onder meer bepaalt dat een netwerkbedrijf zich niet mag bezighouden met productie, handel en levering van *warmte*, niet enkel te beperken tot groepsmaatschappijen, maar te verruimen naar alle rechtspersonen waarin een netwerkbedrijf deelneemt. In hoeverre een dergelijke maatregel proportioneel is in het licht van de omvang en weging van de mogelijke risico's,¹³ vergt uiteindelijk een beleidsmatige afweging. Indien een dergelijke maatregel proportioneel wordt geacht zullen joint ventures of andere samenwerkingsverbanden met betrekking tot aanleg of beheer van netten, waarbij een netwerkbedrijf minderheidsdeelnemingen heeft, nog wel mogelijk zijn. De ACM merkt nog op dat een activiteit waarbij door een gelieerde onderneming van het netwerkbedrijf op enigerlei wijze *elektriciteit of gas* geproduceerd, verhandeld, of geleverd wordt, niet toegestaan is. Het verbod op productie, handel en levering van elektriciteit en gas (het groepsverbod) geldt immers voor alle rechtspersonen waarin een netwerkbedrijf aandelen heeft.

b2. Inkoop warmte door warmtenetbeheerder expliciet bij wet regelen

24. In de tweede plaats stelt de ACM voor activiteiten die samen kunnen hangen met het beheer van een warmtenet en op het grensvlak liggen van productie, handel en levering, expliciet in

¹³ Bijvoorbeeld de risico's die zich voor doen bij de ontwikkeling van aardwarmtebronnen.

de wet op te nemen als uitzonderingen op de beperking van nevenactiviteiten. Voorbeelden daarvan zijn het beheren van een opslaginstallatie die ingezet kan worden bij uitval van andere warmtebronnen en de inkoop van warmte door de warmtenetbeheerder ten behoeve de uitvoering van haar taken (bijvoorbeeld voor balancering of ter dekking van warmtenetverliezen). De ACM wijst er op dat dergelijke activiteiten binnen de netwerkgroep op dit moment op grond van de wetgeving niet zijn toegestaan. Tevens wijst de ACM er op dat hierbij aangesloten kan worden bij hoe dit voor netbeheer elektriciteit en gas is geregeld. Netbeheerders elektriciteit en gas mogen namelijk energie of opslagdiensten inkopen voor de uitvoering van hun wettelijke taken, waarbij vereist is dat zij een transparante, niet-discriminatoire en marktconforme procedure hanteren.¹⁴

De ACM concludeert dat er geen Europese regels zijn die in de weg staan of specifieke voorwaarden stellen aan een netwerkbedrijf dat een warmtenet verzorgt, maar dat er in dat geval wel extra risico's ontstaan voor de onafhankelijkheid van de netbeheerder elektriciteit en gas. De risico's die de ACM benoemt worden groter naarmate de omvang van warmteactiviteiten binnen het netwerkbedrijf toeneemt. Om deze reden stelt de ACM een aantal aanvullende maatregelen voor. Een effectieve maatregel zou zijn om grenzen te stellen ten aanzien van zekerheden en garantstellingen die de netbeheerder kan afgeven aan het netwerkbedrijf. In aanvulling daarop kan worden bepaald dat de bestuurders van de holding en van de warmtenetbeheerder niet ook deel mogen uitmaken van het bestuur van de netbeheerder gas en elektriciteit¹⁵. Dat vergt volgens de ACM vooral een beleidsmatige afweging. Het risico op mogelijke uitholling van het verbod op nevenactiviteiten, kan ondervangen worden door niet langer toe te staan dat een netwerkbedrijf aandelen heeft in een rechtspersoon die zich bezighoudt met productie, handel en levering van warmte. De beoordeling van de proportionaliteit van een dergelijke maatregel vergt eveneens een beleidsmatige afweging. De ACM stelt verder voor de eventuele inkoop van warmte door een warmtenetbeheerder ten behoeve van de uitvoering van haar taken bij wet te regelen.

4. Risico's op bevoordeling en kruissubsidiëring en aanvullende maatregelen daartegen

4.1 Risico's op bevoordeling en kruissubsidiëring

Bevoordeling warmtenetbeheerder door netbeheerder elektriciteit en gas

25. De netbeheerder voor elektriciteit en gas kan de warmtenetbeheerder in de groep bevoordelen boven (potentiële) concurrenten van deze warmtenetbeheerder bij concurrentie *om* een bepaalde lokale markt. De voordelen die een warmtenetbeheerder geniet door onderdeel uit te maken van het - voor een belangrijk deel met publieke middelen gefinancierde - netwerkbedrijf kunnen van invloed zijn op het speelveld voor ondernemingen die het warmtenetbeheer voor hun rekening zouden kunnen nemen.¹⁶ Zo kan het netwerkbedrijf de voordelen gebruiken in

¹⁴ Artikel 16, lid 6 van de Elektriciteitswet en artikel 10a, lid 2 van de Gaswet.

¹⁵ In haar advies van 20 maart 2020 heeft de ACM ook gewezen op de wenselijkheid van onafhankelijk bestuur in verband met mogelijke financiële risico's van warmtenetten.

¹⁶ Als een netwerkbedrijf het warmtenet verzorgt kan dit potentieel ook leiden tot discriminatie van aangeslotenen door de netbeheerder elektriciteit en gas. Bijvoorbeeld, als de warmteproducent in de

onderhandelingen met een warmtebedrijf om aan de slag te gaan als warmtenetbeheerder op haar net, of bij de aanwijzingsprocedure door de gemeente. Dit kan ertoe leiden dat andere partijen dan netwerkbedrijven in de praktijk daardoor niet of minder snel in aanmerking zullen komen om een warmtenet te verzorgen, al dan niet als onderdeel van een integraal warmtebedrijf.

Risico van kruissubsidies tussen netbeheerder elektriciteit en gas en netbeheerder warmte (en vice versa)

26. De ACM merkt verder op dat het verzorgen van een warmtenet door een netwerkbedrijf ook risico's op kruissubsidies met zich mee kan brengen. Kosten voor warmteactiviteiten kunnen terecht komen in de tarieven voor elektriciteit of gas en vice versa. Dit verdraagt zich niet met de verplichting dat de tarieven op kosten gebaseerd moeten zijn. Omdat zowel het warmtenetbeheer als het netbeheer elektriciteit en gas binnen dezelfde netwerkgroep wordt verricht, kan dit het risico op kruissubsidiëring vergroten.

4.2. Zijn aanvullende maatregelen wenselijk ter voorkoming van deze risico's?

Selectie warmtenetbeheerder

27. De procedure voor aanwijzing van een warmtebedrijf door een gemeente dient transparant, non-discriminatoir en goed onderbouwd te zijn, zo maakt het geconsulteerde wetsvoorstel duidelijk. De ACM constateert dat de aanwijzingsprocedure nog niet volledig is uitgewerkt. In haar advies van 20 maart 2020, dat zag op de situatie waarin ook netwerkbedrijven een aanwijzing zouden kunnen krijgen, heeft de ACM aangegeven in het kader van de aanwijzingsprocedure te hechten aan een gelijk speelveld zodat de gewenste concurrentie om de markt optimaal werkt en de gemeente het beste warmtebedrijf aan kan wijzen. Zij heeft tevens aangegeven dat te overwegen valt daarbij een vorm van onafhankelijk toezicht op het aanwijzingsproces te organiseren en bereid te zijn daarbij een rol te spelen. De ACM merkt in dit verband op dat ook in het selectieproces van een warmtenetbeheerder sprake zou moeten zijn van concurrentie om de markt. Voorkomen zou moeten worden dat potentiële warmtenetbeheerders geen kans maken alleen om het feit dat zij geen netwerkbedrijf zijn of nog niet in de regio actief zijn. De ACM is bereid ter waarborging van het speelveld ook in dit selectieproces als onafhankelijk toezichthouder een rol te spelen.

Huidige regelgeving ter voorkoming bevoordeling

28. In de huidige Elektriciteits- en Gaswet is opgenomen dat een netbeheerder een met hem verbonden groepsmaatschappij niet bevoordeelt boven een andere onderneming waarmee die groepsmaatschappij in concurrentie treedt. De netbeheerder mag aan die groepsmaatschappij geen voordelen toekennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is (artikel 17b E-wet en artikel 10c Gaswet). In het tweede lid van deze artikelen staat dat bij

warmteketen tevens leverancier is van elektriciteit. In dat geval kan de warmtenetbeheerder de netbeheerder elektriciteit in het netwerkbedrijf vragen om in geval van congestie in het elektriciteitsnet, de warmteproducent te ontzien van transportbeperkingen. Het in de Elektriciteits- en Gaswet opgenomen discriminatieverbod biedt hiertegen bescherming.

AMvB 'regels worden gesteld over handelingen die voordelen genereren die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is'. Dit is tot op heden niet gebeurd.

Verhelderen en nader uitwerken van regels bevoordeling

29. Om risico's op bevoordeling te voorkomen adviseert de ACM hier wel nadere regels over vast te stellen, zodat voor netbeheerders en netwerkbedrijven duidelijk is wat onder bevoordeling wordt verstaan. Voor inwerkingtreding van de Wet VET op 1 januari 2019 stond een drietal voorbeelden van bevoordeling in de wet opgesomd.¹⁷ Met het oog op de hiervoor genoemde risico's adviseert de ACM in ieder geval onderstaande voorbeelden bij AMvB uit te werken.¹⁸
- a. de netbeheerder levert geen goederen of diensten aan de warmtenetbeheerder in de groep tegen een vergoeding die lager is dan de redelijkerwijs daaraan toe te rekenen kosten;
 - b. de netbeheerder verschaft geen informatie aan de warmtenetbeheerder, zodanig dat het netwerkbedrijf daar voordelen aan kan ontleen ten opzichte van andere potentiële warmtenetbeheerders.

Een derde voorbeeld betrof de namen van het netwerkbedrijf, netbeheerder en de warmtenetbeheerder. Deze zouden in de netwerkgroep niet vergelijkbaar mogen zijn. De netbeheerder zou in haar communicatie en merknamen een andere identiteit moeten hebben dan de warmtenetbeheerder. De ACM constateert dat wanneer het warmtenetbeheer eenmaal is uitbesteed aan het netwerkbedrijf, geen sprake meer kan zijn van bevoordeling ten opzichte van potentiële concurrenten. Er is ten aanzien van het warmtenetbeheer dan de facto immers sprake van een monopolie. Om die reden acht de ACM deze maatregel in deze situatie niet proportioneel.

Daarnaast acht de ACM het met het oog op het voorkomen van risico's op bevoordeling van belang dat de gemeente zorg draagt voor een non-discriminatoire en transparante aanwijspprocedure en voor eenduidige informatievoorziening voorafgaand aan de start daarvan.

Aanvullende maatregelen kruissubsidies

30. Ten aanzien van het risico op kruissubsidies merkt de ACM op dat aanvullende regels benodigd zijn om de boekhouding voor alle gereguleerde activiteiten te scheiden. De onafhankelijk netbeheerder elektriciteit en gas is reeds gebonden aan strenge boekhoudkundige regels en een externe controle op toepassing van die regels om kruissubsidiëring tussen elektriciteit en gas te voorkomen. Voor de warmtenetbeheerder acht de ACM dergelijke regels aanvullend nodig omdat haar warmteactiviteiten binnen de regulering van de Wet Collectieve Warmtesystemen zullen vallen.¹⁹

¹⁷ Artikel 18, lid 3 Elektriciteitswet(oud) en artikel 10d, lid 2 Gaswet (oud)

¹⁸ Overigens kunnen deze regels, net als vóór inwerkingtreding van Wet VET, meer algemeen geformuleerd worden en voor alle soorten activiteiten en netwerkbedrijven gelden.

¹⁹ Deze aanvullende maatregelen kunnen ook van toepassing zijn indien een ander bedrijf dan een netwerkbedrijf het warmtenet verzorgt en vloeit voort uit de tariefregulering voor warmte.

Als aanvullende maatregelen voor risico's op bevoordeling en kruissubsidiëring, adviseert de ACM om het bevoordelingsverbod nader uit te werken en voor warmtenetbeheerders - evenals voor de netbeheerders elektriciteit en gas - boekhoudkundige regels en een externe controle op toepassing daarvan verplicht te stellen. Tevens acht de ACM het van belang dat de gemeente zorg draagt voor een transparante, non-discriminatoire en goed onderbouwde aanwijspprocedure.

5. Voorwaarden voor toezicht op de warmteketen

31. Zoals in hoofdstuk 2 van dit advies aangegeven, voorziet EZK op dit moment een hybride marktmodel voor warmtebedrijven (integraal verantwoordelijk warmtebedrijf waarbij derde partijen worden ingeschakeld voor specifieke activiteiten).²⁰ Het karakter van de warmtevoorziening is daarnaast - anders dan bij elektriciteit en gas - lokaal van aard. Een en ander brengt met zich mee dat er in Nederland een groot aantal partijen kan zijn die op enige wijze een rol vervullen in een (lokale) warmteketen. Bovendien kan de precieze taakverdeling per warmtesysteem verschillen, omdat dit afhankelijk is van de afspraken die de betrokken partijen in de keten met elkaar hebben gemaakt. De ACM stelt voorop dat voor effectief toezicht noodzakelijk is dat 1) duidelijk is wie binnen de warmteketen verantwoordelijk is voor de uitvoering van bepaalde taken en verantwoordelijkheden, en 2) dat in geval van overtreding geen twijfel bestaat over de partij die de ACM hierop kan aanspreken. Hiervoor moet de ACM in staat zijn om op een efficiënte wijze informatie te verkrijgen die zij voor het toezicht nodig heeft en indien nodig, marktproblemen op te lossen bijvoorbeeld door middel van handhaving.²¹

Risico voor toezicht door verschillende partijen in de warmteketen

32. Voor zowel het tijdig verkrijgen van de juiste informatie als handhaving geldt: hoe meer uiteenlopende partijen aangesproken moeten worden op naleving van de wet, hoe minder effectief het uitvoeren van toezicht wordt voor de ACM. De ACM kan alleen degene aanspreken op wie de taak of verplichting rust volgens de wettelijke bepaling (de normadressaat). Tegelijkertijd kan de ACM alleen handhavingsinstrumenten inzetten tegen degene die verantwoordelijk is voor een bepaalde wettelijke taak.²² Indien normadressaat en verantwoordelijke niet één en dezelfde zijn, kan de ACM in de situatie terechtkomen dat zij consumenten niet kan beschermen omdat een warmtebedrijf zich kan verschuilen achter het

²⁰ Het vertrekpunt is dus dat één warmtebedrijf is aangewezen per warmtekavel. Indien het mogelijk zou worden om meerdere warmteleveranciers op één warmtesysteem te laten opereren, wijst de ACM er op dat een ander marktmodel noodzakelijk is. In een dergelijke situatie kan een parallel getrokken worden met elektriciteit en gas, waarbij aparte rollen en taken in de wet moeten worden opgenomen. Reden hiervoor is dat er niet langer één eindverantwoordelijke per warmtesysteem is waardoor de ACM haar toezicht niet effectief zou kunnen uitvoeren.

²¹ Voorbeelden van informatie die de ACM voor haar toezicht nodig heeft zijn verschillende rapportages en informatie ten behoeve van tariefregulering. Verder moet de ACM de mogelijkheid hebben om informatie op te vragen om er op toe te zien of de wet wordt nageleefd. In geval van overtreding van de wet, moet de ACM handhavend kunnen optreden. Dit kan door inzet van handhavingsinstrumenten, zoals een boete, last onder dwangsom, bindende gedragslijn of toezeggingsbesluit.

²² De ACM kan alleen een last onder dwangsom opleggen aan degene die in staat is de overtreding te beëindigen. Bovendien kan de ACM alleen een boete opleggen als de overtreding verwijtbaar is (artikel 5:41 Awb).

uitbesteden van haar taken aan een derde partij.

Eén aanspreekpunt voor effectief toezicht

33. Om die reden acht de ACM het van belang dat duidelijk is dat er één aanspreekpunt is: het warmtebedrijf dat integraal verantwoordelijk is, ongeacht de wijze waarop de taken en verantwoordelijkheden binnen de keten zijn verdeeld. De ACM moet het aangewezen warmtebedrijf hierop kunnen aanspreken. Om dit te waarborgen adviseert de ACM om expliciet in de wet op te nemen dat het aangewezen warmtebedrijf verantwoordelijk is voor de uitvoering van haar taken.²³

Implementatie integrale verantwoordelijkheid in contractuele afspraken

34. Als het aangewezen warmtebedrijf eventueel een deel van haar activiteiten wilt uitbesteden aan derden, is het haar verantwoordelijkheid om contractueel afspraken te maken, zodat (1) het aangewezen warmtebedrijf aan informatieverzoeken en rapportageverplichtingen van de toezichthouder kan voldoen, ook al bevindt de informatie zich bij een ander bedrijf; en (2) het aangewezen warmtebedrijf in staat is de wettelijke taken die volgen uit het wetsvoorstel Collectieve Warmtevoorziening uit te voeren, relevante verplichtingen in dat verband na te leven en een eventuele overtreding onverwijld te beëindigen.
35. Gezien de integrale verantwoordelijkheid van het aangewezen warmtebedrijf, betekent dit dat er in ieder geval contractuele afspraken gemaakt moeten worden, over het uitvoeren van de taken (artikel 2.8 van het wetsvoorstel Collectieve Warmtevoorziening) en verplichtingen (artikel 2.9 van het wetsvoorstel en verder) van het warmtebedrijf, als deze deels bij een of meer derden zijn belegd.²⁴ Het is aan het aangewezen warmtebedrijf de contractuele afspraken zodanig op te stellen dat alle partijen in de warmteketen een prikkel hebben hun taken conform wettelijke voorschriften uit te voeren.
36. Overigens geldt het belang van het maken van contractuele afspraken net zozeer voor andere partijen in de keten die een deel van de taken in opdracht van het integraal warmtebedrijf uitvoeren. Met de warmteproducent moet bijvoorbeeld afgesproken worden hoeveel warmte geproduceerd wordt, en wat er gebeurt bij uitval van de warmteproductie. Eveneens kan een rol weggelegd zijn voor een derde partij die metingen van het warmteverbruik uitvoert.
37. Als gevolg hiervan dient het aangewezen warmtebedrijf ook zelf 'toezicht' te houden op derde partijen aan wie activiteiten zijn uitbesteed. Indien bijvoorbeeld voor een warmteproducent of warmtenetbeheerder een faillissement dreigt, dient het aangewezen warmtebedrijf dit te

²³ Voor de formulering hiervan kan inspiratie gevonden worden in artikel 17, lid 4 van de E-wet, luidend: In geval van uitbesteding van werkzaamheden behoudt de netbeheerder de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van deze werkzaamheden.

²⁴ Hoewel de precieze rol van de warmtenetbeheerder afhangt van onderling te maken afspraken, denkt de ACM in dit verband aan afspraken over de volgende elementen: de beschikbare transportcapaciteit; het informeren bij een onderbreking van de warmtelevering; het bijhouden van een storingsregistratie; compensatie voor onderbreking warmtelevering, waarvan de oorzaak in het warmtenet ligt; het aanleggen of verwijderen van een aansluiting op het warmtenet; en investeringen in (verduurzaming van) het warmtenet. Deze lijst van elementen is niet uitputtend.

signaleren en hiervoor maatregelen te treffen (bijvoorbeeld door tijdig te melden aan de ACM, of het inschakelen van een andere partij die de taken kan overnemen) als onderdeel van haar integrale verantwoordelijkheid.

38. Voor het goed functioneren van de warmteketen en voor het toezicht van de ACM daarop is van belang dat de warmteketen een geïntegreerd geheel vormt en dat alle partijen die betrokken zijn in de keten een heldere, afgebakende taak hebben en de daarbij horende rollen en verantwoordelijkheden in contractuele afspraken zijn vastgelegd. De ACM adviseert om bij de aanwijzingsprocedure hier al aandacht voor te hebben.²⁵ Zowel een integraal warmtebedrijf dat zijn taken niet uitbesteedt aan derde partijen als een warmtebedrijf dat dit wel doet, moet aan de gemeente - als onderdeel van hun aanvraag - kunnen aantonen dat het in staat is duurzame warmtelevering voor de langere termijn te waarborgen.

Voorzieningen in verband met leveringszekerheid

39. De ACM merkt op dat zij het belang van leveringszekerheid zwaar vindt wegen. Ten aanzien hiervan heeft de ACM in het conceptwetsvoorstel echter de bevoegdheid om ook iedere andere partij die redelijkerwijs een bijdrage kan leveren aan het borgen van de leveringszekerheid een opdracht te geven in geval van een noodsituatie (artikel 2.35 van de Wet Collectieve Warmtevoorziening). Dit betekent dat de ACM niet alleen het aangewezen warmtebedrijf kan aanspreken, maar ook een warmteproducent, of - indien dat nodig is - een warmtenetbeheerder.

Om te waarborgen dat de ACM effectief toezicht kan houden in het geval activiteiten in de warmteketen zijn uitbesteed door het aangewezen warmtebedrijf, adviseert de ACM dat er één aanspreekpunt is. Dit betekent dat er in de wet één normadressaat is opgenomen. Deze partij moet er voor moet zorgen dat aan alle wettelijke taken en verplichtingen wordt voldaan. Het ligt in de rede dat dit het aangewezen warmtebedrijf is. Ook als het warmtebedrijf taken uitbesteedt aan een derde, blijft zij verantwoordelijk. Het is aan het warmtebedrijf om hier contractueel heldere en eenduidige afspraken over te maken. De ACM adviseert expliciet in de wet op te nemen dat het aangewezen warmtebedrijf verantwoordelijk blijft voor de naleving van de aan haar opgedragen taken en verplichtingen, ook indien zij deze door een derde laat uitvoeren.

²⁵ Hierbij kan gedacht worden aan het opstellen van modelcontracten die voorschrijven aan welke afspraken minimaal voldaan moet zijn tussen het warmtebedrijf en de warmtenetbeheerder. Tevens zouden waarborgen in dit kader in de Wet Collectieve Warmtevoorzieningen verankerd kunnen worden.