Autoriteit
Consument & Markt

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
070 722 20 00
www.acm.nl

Openbaar

AANTEKENEN
Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
de Minister voor Klimaat en Energie
De heer drs. R.A.A. Jetten
Postbus 20401
2500 EK 's-Gravenhage

Den Haag, 17 februari 2023

Aantal bijlagen	: 2
Uw kenmerk	: DGKE-DE/22580038
Ons kenmerk	: ACM/UIT/593000
Onderwerp	: ACM/22/181339 Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets Tijdelijke wet inframarginale elektriciteitsheffing

Geachte heer Jetten,

Bij brief van 3 februari 2023 heeft u de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) verzocht om een uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets (hierna: UHT) uit te voeren op het conceptvoorstel voor een Tijdelijk wet inzake invoering van een heffing op marktinkomsten van inframarginale elektriciteitsproductie (Tijdelijke wet inframarginale elektriciteitsheffing) voorzien van een concept van de Memorie van toelichting. De ACM spreekt hierna over “het wetsvoorstel” en “de MvT”.

Het doel van het wetsvoorstel is dat de heffing wordt toegepast op de marktinkomsten die boven een plafond uitstijgen. Deze inkomsten zullen vervolgens worden aangewend voor de financiering van gerichte maatregelen om de gevolgen van de uitzonderlijk hoge elektriciteitsprijzen voor de eindafnemers van elektriciteit te beperken.[1]

De ACM richt zich in deze UHT op de bepaling van de marktinkomsten, de vormgeving van het toezicht, en de adviesrol van de ACM in het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel voorziet erin om de wijze van bepaling van de marktinkomsten en een aantal andere onderwerpen nader uit te werken bij ministeriële regeling. Voor een toets van de volledige maatregel is daarom te zijner tijd ook nog een UHT op het voorstel voor de ministeriële regeling nodig.

Samenvatting conclusies en aanbevelingen

De ACM is zich er van bewust dat de nadere uitwerking van het inkomensplafond zoals voorgeschreven door Verordening (EU) 2022/1854 van de Raad van 6 oktober 2022 betreffende een noodinterventie in verband met de hoge energieprijzen (hierna: Verordening 2022/1854) een complexe exercitie is, en dat het bovendien in korte tijd moet gebeuren. Met deze UHT beoogt de ACM binnen die context een constructieve bijdrage te leveren aan een effectieve regeling. De ACM komt tot de volgende conclusies en aanbevelingen:

[1] Zie de MvT, pagina 3 en 4.

1. Het gekozen toezichtsarrangement met een samenwerking van de Belastingdienst, de dienst Nederlandse Emissieautoriteit (hierna: NEa) en de ACM als adviseur is complex, maar wel uitvoerbaar. De uitwisseling van gegevens tussen de betrokken toezichthouders is in het wetsvoorstel voldoende geregeld.
2. De ACM meent dat sommige keuzes in de methode tot vaststelling van de marktinkomsten niet volledig in lijn zijn met Verordening 2022/1854. Daarnaast concludeert de ACM dat het wetsvoorstel in de huidige vorm nog niet voldoende duidelijkheid geeft over de bepaling van de marktinkomsten. Daardoor ontstaat er te veel ruimte voor interpretatie bij het bepalen van de hoogte van de heffing. De ACM ziet daarom een risico dat het wetsvoorstel minder effectief zijn dan beoogd. De ACM doet concrete aanbevelingen voor vaststelling van de marktinkomsten.
3. De ACM meent dat toepassing van de heffing op duurzame productie voor het afdekken van eigen (intraconcern) eindverbruik kan leiden tot onredelijke uitkomsten. De ACM vraagt zich bovendien af of de toepassing van de heffing op deze categorie in lijn is met de bedoeling van Verordening 2022/1854. De ACM geeft daarom in overweging om productie voor het afdekken van eigen eindverbruik uit te zonderen van de heffing.

Leeswijzer

Hierna beschrijft de ACM eerst uw verzoek. Vervolgens zet de ACM de drie hierboven genoemde conclusies en de daar bijhorende aanbevelingen uiteen. Ten slotte gaat de ACM in op de uitvoeringslasten en gevolgen voor de capaciteit van de ACM.
In bijlage 1 bij deze brief vindt u ter achtergrond een toelichting op het begrip marktinkomsten in Verordening 2022/1854 en op de bepaling van de marktinkomsten in het wetsvoorstel.
In bijlage 2 bij deze brief vindt u daarnaast opmerkingen over specifieke onderdelen van het wetsvoorstel waarvoor de ACM uw aandacht vraagt. Waar mogelijk doet de ACM een aanbeveling voor aanpassing van het wetsvoorstel.

Het verzoek

U heeft de ACM bij brief van 2 februari 2023 gevraagd om een uitvoerings- en handhaafbaarheidstoets uit te voeren op het wetsvoorstel. De versie die u meestuurde naar de ACM is gelijk aan de versie van de internetconsultatie van 27 januari 2023. U heeft verzocht om daarbij te focussen op de onderwerpen: adviesrol van de ACM, uitwisseling van gegevens aan de NEa, bepaling van de marktinkomsten en de mogelijkheden van het (risicogerichte) toezicht daarop. Ook heeft u verzocht om een inschatting te geven van de benodigde capaciteit voor – in dit geval – de advisering.

Voor de uitvoering van het wetsvoorstel wordt een samenwerkingsmodel voorgesteld tussen de NEa, handelend in mandaat namens de Minister voor Klimaat en Energie, de Belastingdienst en de ACM. De ACM ondersteunt hierbij de NEa met inhoudelijke kennis van de elektriciteitsmarkt waar het de bepaling van de marktinkomsten betreft. Tevens adviseert de ACM over de opzet van het (risicogerichte) toezicht daarop.[2] In artikel 18 van het wetsvoorstel staat dat de ACM de Minister voor Klimaat en Energie op diens verzoek adviseert over het toezicht, bedoeld in artikel 14, en de door hem op grond van de artikelen 15 tot en met 17 te nemen besluiten.

[2] Zie de MvT, pagina 4.

Conclusies en aanbevelingen

1. Het toezichtsarrangement met een adviestaak voor de ACM is complex, maar uitvoerbaar

De ACM heeft begrip voor de gekozen uitvoeringsvariant, waarbij de Belastingdienst en de NEa ieder voor een deel van de uitvoering en het toezicht zorgdragen en de ACM een adviserende taak heeft richting de NEa. De ACM wijst er op dat deze vormgeving van het toezicht complex is voor zowel de onder toezicht gestelden als de uitvoeringsinstanties. De conclusies die de ACM hierna trekt ten aanzien van het vaststellen van de belastbare marktinkomsten werken door in de adviestaak van de ACM bij het toezicht. De interpretatieruimte in het huidige wetsvoorstel leidt mogelijk tot verschillende inzichten bij de betrokken uitvoeringsinstanties en producenten. Dit kan de adviestaak verder compliceren en extra capaciteit vergen. Verduidelijking en verbetering van het wetsvoorstel kan de benodigde advisering beperken en makkelijker maken. De ACM beveelt tevens aan om het wetsvoorstel aan te passen om dubbele procedures bij onenigheid over de hoogte van de heffing voor producenten bij zowel de Belastingdienst als de NEa te voorkomen. Zie hiervoor de algemene opmerkingen in de bijlage.

De ACM denkt dat de wijze waarop de uitwisseling van gegevens is opgenomen in het wetsvoorstel voldoet.

2. Aanbevelingen voor verduidelijking methode voor bepaling van de marktinkomsten

Voor de effectiviteit van het wetsvoorstel is het allereerst van belang dat de bepaling van de marktinkomsten in lijn is met Verordening 2022/1854. Vervolgens is het van belang dat het wetsvoorstel producenten voldoende duidelijkheid biedt over hoe zij hun marktinkomsten moeten bepalen. Daarvoor is in ieder geval nodig dat duidelijk is:

- welke transacties de heffingplichtige bij de berekening van de belastbare marktinkomsten uit productie in de aangifte en in het marktinkomstenverslag moet betrekken; en
- hoe de heffingplichtige transacties die slechts deels of indirect samenhangen met productie moet toerekenen aan productie.[3]

De ACM meent dat sommige keuzes in de methode niet volledig in lijn zijn met Verordening 2022/1854. Daarnaast concludeert de ACM dat het wetsvoorstel in de huidige vorm nog niet voldoende duidelijkheid geeft over de bepaling van de marktinkomsten. Daardoor ontstaat er te veel ruimte voor interpretatie bij het bepalen van de hoogte van de heffing. De ACM ziet daarom een risico dat het wetsvoorstel minder effectief zijn dan beoogd. Hieronder benoemt de ACM een aantal knelpunten, en doet aanbevelingen voor aanpassing om de effectiviteit van het wetsvoorstel te verbeteren. Daarbij beveelt de ACM aan om de praktische uitvoerbaarheid van (aanpassingen in) de bepaling van de marktinkomsten te toetsen bij de doelgroep van heffingplichtigen.

a. Marktinkomsten baseren op productie

In het wetsvoorstel worden de totale marktinkomsten per MWh gebaseerd op marktinkomsten van de heffingplichtige uit elektriciteit die in een kalendermaand wordt geleverd.[4] Dit suggereert dat niet alleen naar de inkomsten uit productie in de kalendermaand wordt gekeken, maar naar de totale inkomsten per MWh uit levering, die ook kunnen voortvloeien uit elektriciteit die niet zelf is geproduceerd in de bewuste

[3] Grotere ondernemingen die actief zijn op de groothandelsmarkt voor elektriciteit optimaliseren hun productie- en handelsactiviteiten op portfolioniveau. Dit betekent dat deze ondernemingen vanaf enkele jaren voor het moment van productie en levering posities innemen en steeds aanpassen door koop en verkoop van (derivaten van) energieproducten, brandstoffen en financiële producten, afhankelijk van wijzingen in hun productieplanning, afnemersportfolio en strategische handelsbeslissingen. De ACM kan zich daarom voorstellen dat er toerekening nodig kan zijn om voor transacties en inkomsten die (minstens) deels samenhangen met de productie, waaronder hedges, te bepalen in welke mate deze moeten worden meegenomen bij de vaststelling van de marktinkomsten.
[4] Zie de artikelen 7, 8, 9 en 10 van het wetsvoorstel.

kalendermaand, en ook geen verband heeft met de leveringsverplichting voortvloeiend uit de verkoop van de productie. De ACM meent dat dit niet in overeenstemming is met het uitgangspunt van Verordening 2022/1854 dat het gaat om gerealiseerde marktinkomsten uit de productie. Transacties voor de levering van elektriciteit en inkomsten daaruit die in het geheel geen verband hebben met de productie in een kalendermaand, zouden daarom niet moeten worden meegenomen bij de bepaling van de marktinkomsten.

Gelet op het voorgaande doet de ACM de aanbeveling om als uitgangspunt voor de bepaling van de marktinkomsten de productie te nemen, in plaats van de levering. De ACM denkt daarvoor aan een benadering waarbij voor de bepaling van marktinkomsten:

- uitsluitend transacties en inkomsten die een verband hebben met productie worden meegenomen;
- transacties en inkomsten die volledig samenhangen met productie in zijn totaliteit worden meegenomen; en
- voor transacties en inkomsten die slechts deels samenhangen met productie toerekenregels worden vastgesteld waarmee het redelijkerwijs mogelijk is om het deel van de inkomsten te berekenen dat voortkomt uit productie van de producent in een kalendermaand.

b. Duidelijkheid over meenemen van hedges bij de bepaling van de marktinkomsten

In artikel 8, eerste lid, onder c, van het wetsvoorstel staat "…met inbegrip van stroomafnameovereenkomsten en andere verrichtingen ter afdekking van schommelingen op de groothandelsmarkt voor elektriciteit…" Uit deze tekst volgt niet duidelijk welke verrichtingen ter afdekking (hierna: hedges) wel en niet moeten worden meegenomen bij de bepaling van de marktinkomsten. De MvT noemt als voorbeeld de meest voorkomende vormen van hedges, namelijk futures, forwards en power purchase agreements, maar het is niet duidelijk of, en zo ja, welke andere vormen van hedges moeten worden meegenomen bij de bepaling van de marktinkomsten.[5] Ook is niet duidelijk of voor hedges naast de inkomsten uit afwikkeling van hedges ook de kosten van het aangaan van de hedges mogen worden meegerekend als (negatieve) inkomsten. Dit biedt ruimte voor verschillende interpretaties over hoe hedges moeten worden meegenomen bij de bepaling van de marktinkomsten.

Gelet op het voorgaande doet de ACM de aanbeveling om in het wetsvoorstel nader te specificeren welke hedges moeten worden meegenomen bij de bepaling van de marktinkomsten, en om daarbij te specificeren welke positieve en negatieve inkomsten mogen worden meegerekend.

c. Duidelijkheid over bepaling van marktinkomsten voor producenten die onderdeel zijn van een groep

Artikel 9 van het wetsvoorstel bevat specifieke bepalingen voor de waardering van marktinkomsten bij producenten die onderdeel zijn van een groep. De ACM ziet in dit artikel de volgende onduidelijkheden en mogelijke strijdigheid met Verordening 2022/1854:[6]

- Er zit interpretatieruimte in de afwijking die in artikel 9 van het wetsvoorstel is opgenomen op het algemene kader van artikel 8 van het wetsvoorstel. Het is niet duidelijk of met artikel 9 is beoogd om geheel artikel 8, eerste lid, van het wetsvoorstel te vervangen, of slechts delen ervan. Een letterlijke lezing zou kunnen betekenen dat voor producenten die onderdeel uitmaken van een groep hedges niet worden meegenomen bij de bepaling van de marktinkomsten. Dit zou echter niet in lijn zijn met de definitie van marktinkomsten in Verordening 2022/1854.
- In artikel 9, vierde lid, van het wetsvoorstel wordt gedefinieerd wat een vergelijkbare aankoopovereenkomst is, als basis voor de waardering van de transacties zoals genoemd in artikel 9, tweede en derde lid. Deze definitie roept echter de vraag op wat voor soort aankoopovereenkomsten dit betrekking heeft en hoe dit in de praktijk moet worden toegepast. Gaat het om aankoopovereenkomsten binnen de groep of daarbuiten? Betreft het openbare noteringen, maatwerk overeenkomsten of anderszins? Hoe wordt omgegaan met illiquide producten waardoor geen transactieprijs voor een product met dezelfde productspecificatie rond hetzelfde tijdstip bekend is?

[5] Zie de MvT, pagina 9.
[6] Bijlage 2 bevat een specifieke opmerking op artikel 9, tweede lid, van het wetsvoorstel.

Verder merkt de ACM op dat door het criterium “op hetzelfde tijdstip is gesloten” te hanteren in de definitie er een significant risico is dat er geen vergelijkbare aankoopovereenkomst wordt geïdentificeerd.

Gelet op het voorgaande doet de ACM de aanbevelingen om:

- artikel 9 van het wetsvoorstel goed aan te laten sluiten op artikel 8 van het wetsvoorstel zodat duidelijk is (i) voor welk gedeelte artikel 9 in de plaats komt van artikel 8, en (ii) dat hedges ook bij producenten die onderdeel zijn van een groep moeten worden meegenomen bij de bepaling van marktinkomsten.
- in artikel 9, vierde lid, nader te definiëren wat een “vergelijkbare aankoopovereenkomst” is om zo de open norm ondubbelzinnig in te vullen. Verder stelt de ACM voor om voor het criterium “op hetzelfde tijdstip is gesloten” na te gaan of er beter alternatief is dat rekening houdt met de aard van de aankoopovereenkomst en de verwachte beschikbaarheid van vergelijkbare overeenkomsten.

d. Waarderen van verkoop aan eindafnemers op de groothandelsmarkt op marktinkomsten van verbonden groepsmaatschappij

Artikel 9, derde lid, van het wetsvoorstel gaat over de situatie dat een producent zijn elektriciteit verkoopt aan een verbonden groepsmaatschappij en de verbonden groepsmaatschappij de productie van de producent verkoopt aan een eindafnemer die niet onderdeel is van de groep. In dit artikellid staat dat de inkomsten van de verbonden groepsmaatschappij uit de verkoop van deze elektriciteit worden gesteld op de kosten van inkoop van deze elektriciteit door de verbonden groepsmaatschappij, met dien verstande dat deze inkoopkosten ten minste gelijk zijn aan de kosten bij vergelijkbare aankoopovereenkomsten die op de groothandelsmarkt voor elektriciteit worden gesloten tussen onafhankelijke partijen.

De ACM heeft twijfels of deze waardering op inkoopkosten in lijn is met Verordening 2022/1854. Voor wat betreft verkoop door een verbonden groepsmaatschappij aan eindafnemers buiten de groep kan de ACM zich, in bepaalde gevallen, zoals bij levering aan kleinverbruikers, voorstellen dat wordt gekeken naar de kosten van inkoop van de elektriciteit door de verbonden groepsmaatschappij. Echter, de eindafnemer kan ook een grootverbruiker zijn die rechtstreeks inkoopt op de groothandelsmarkt. In dat geval ligt het niet voor de hand, en is het mogelijk ook niet in lijn met Verordening 2022/1854, om naar de inkoopkosten van de verbonden groepsmaatschappij te kijken, aangezien er in dat geval sprake is van een “pure” transactie op de groothandelsmarkt.

Gelet op het voorgaande doet de ACM de aanbeveling om artikel 9, derde lid, van het wetsvoorstel zodanig aan te passen dat in geval van verkoop door een verbonden groepsmaatschappij aan eindafnemers die actief zijn op de groothandelsmarkt voor elektriciteit de marktinkomsten, net zoals in artikel 9, eerste lid, van het wetsvoorstel worden gesteld op de marktinkomsten van de verbonden groepsmaatschappij die de opgewekte elektriciteit heeft verkocht. Hierbij hoeft dan ook niet te worden gekeken naar “kosten bij vergelijkbare aankoopovereenkomsten gesloten tussen onafhankelijke partijen”, aangezien de verbonden groepsmaatschappij zelf de inkomsten heeft behaald uit de verkoop.

3. Toepassing van de heffing op productie voor eigen eindverbruik

De ACM heeft een zorg dat de toepassing van de heffing op marktinkomsten uit productie tot onredelijke en niet beoogde uitkomsten kan leiden voor kleine bedrijven, die hebben geïnvesteerd in duurzame productie om het eindverbruik van hun eigen bedrijf af te dekken tegen het risico van prijsstijgingen op de elektriciteitsmarkt en om hun bedrijfsvoering te verduurzamen. Tijdens het webinar op 9 december 2022 over het voornemen tot dit wetsvoorstel hebben verschillende bedrijven hun zorgen geuit dat een heffing hun business case voor investeringen in (duurzame) opwek voor de dekking van eigen eindverbruik, onrendabel zou maken.

De ACM vraagt zich af of baten uit intraconcern productie voor eigen eindverbruik (bijvoorbeeld via intraconcern leveringen in een groep) vallen onder marktinkomsten in de zin van Verordening 2022/1854. De definitie van marktinkomsten in artikel 2, vijfde lid, van Verordening 2022/1854 spreekt namelijk van “inkomsten die een producent ontvangt” en in artikel 6, tweede lid van Verordening 2022/1854 staat dat het plafond op marktinkomsten van toepassing is op “producenten (…) die op groothandelsmarkten voor elektriciteit actief zijn” en spreekt van inkomsten uit “elektriciteit [die] op een bilaterale, dan wel gecentraliseerde markt wordt verhandeld.” De ACM betwijfelt of hier sprake van is bij baten uit productie voor eigen eindverbruik.

Gelet op het voorgaande doet de ACM de aanbeveling om te onderzoeken of de zorgen over onredelijke uitkomsten terecht zijn en te overwegen om het wetsvoorstel zodanig aan te passen, dat baten uit productie voor eigen (intraconcern) eindverbruik niet onder de heffing vallen.

Uitvoeringslasten en gevolgen voor capaciteit van de ACM

Op basis van het wetsvoorstel krijgt de ACM de taak om op verzoek van de NEa te adviseren over het toezicht op de naleving van de verplichting van producenten om een marktinkomstenverslag op te stellen en in te dienen, en een administratie bij te houden. Ook geeft de ACM op verzoek inhoudelijk advies aan de NEa over besluiten om een nieuw marktinkomstenverslag te verlangen, ambtshalve de belastbare marktinkomsten vast te stellen of een last onder dwangsom of bestuurlijke boete op te leggen in verband daarmee en de eventuele bezwaren en beroepen daarover.

In de MvT geeft u aan dat de uitvoeringskosten voor de werkzaamheden van de Belastingdienst, NEa en ACM verwerkt zullen worden in de begrotingen van de ministeries. De ACM betrekt de benodigde capaciteit voor de uitvoering van dit wetsvoorstelgraag bij het overleg dat momenteel met uw ministerie plaatsvindt over de intensivering van het energietoezicht door de ACM.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:
w.g.

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

Bijlage 1 Bepaling marktinkomsten in Verordening 2022/1854 en wetsvoorstel

In deze bijlage werkt de ACM uit hoe zij begrijpt dat de marktinkomsten op basis van Verordening 2022/1854 en het wetsvoorstel moeten worden bepaald. Dit doet de ACM om inzichtelijk te maken wat de basis is voor haar conclusies en aanbevelingen in de hoofdbrief en in bijlage 2. Deze bijlage bevat geen conclusies en aanbevelingen.

Marktinkomsten in Verordening 2022/1854

Uit Verordening 2022/1854 volgt dat voor de bepaling van de marktinkomsten van de producent moet worden gekeken naar de marktinkomsten die hij heeft gerealiseerd uit productie van elektriciteit in de periode waarop het inkomensplafond van toepassing is. Op basis van Verordening 2022/1854 moeten lidstaten doeltreffende maatregelen nemen om omzeiling van deze verplichtingen te voorkomen en ervoor zorgen dat het plafond effectief wordt toegepast in gevallen waarin producenten worden gecontroleerd door, of gedeeltelijk eigendom zijn van, andere ondernemingen, met name wanneer zij deel uitmaken van een verticaal geïntegreerde onderneming. De ACM leidt hieruit af dat als een producent deel uitmaakt van een groep van ondernemingen, en een ander onderdeel van de groep marktinkomsten behaalt uit de productie van de producent, dit gerealiseerde marktinkomsten vormen in het kader van Verordening 2022/1854.

Verder schrijft Verordening 2022/1854 voor dat naast transacties tot verkoop ook “stroomafnameovereenkomsten en andere verrichtingen ter afdekking van schommelingen op de groothandelsmarkt voor elektriciteit” onderdeel van de marktinkomsten zijn”.[7] Hiermee worden volgens de ACM bedoeld: hedges die een indekking vormen tegen prijsveranderingen op de groothandelsmarkt. Informatie over deze hedges is voorhanden bij de producent, of, waar relevant, een verbonden groepsmaatschappij (zoals een handelstak).

Marktinkomsten in het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel bepaalt dat voor de inframarginale elektriciteitsheffing een tarief van 90% wordt geheven over de som van de belastbare marktinkomsten uit elektriciteit die is opgewekt in de kalendermaanden van het heffingstijdvak.[8] Voor iedere maand van het heffingstijdvak worden de belastbare marktinkomsten berekend. De belastbare marktinkomsten zijn daarbij gelijk aan de som van de belastbare marktinkomsten uit elektriciteit die is opgewekt in de betreffende kalendermaand met behulp van (i) biomassabrandstoffen, (ii) een andere inframarginale energiebron, (iii) een andere inframarginale energiebron met een productie-installatie als bedoeld in artikel 7, vierde lid, van het wetsvoorstel en (iv) steenkool.[9] Voor de berekening van de belastbare marktinkomsten per categorie energiebron(nen) wordt de hoeveelheid opgewekte elektriciteit uit de betreffende energiebron(nen) die in de kalendermaand is ingevoed[10] vermenigvuldigd met het verschil tussen (i) de totale marktinkomsten uit elektriciteit die in de kalendermaand wordt geleverd per megawattuur (hierna: totale marktinkomsten per MWh) en (ii) het vrijgesteld bedrag van de marktinkomsten per MWh voor de energiebron(nen).[11] De totale marktinkomsten per MWh worden bepaald door de som van de totale marktinkomsten in de kalendermaand (in euro’s) te delen door de som van de hoeveelheid elektriciteit voor levering in de kalendermaand die is verkocht en aangekocht (in MWh).[12] Daarbij zijn de totale marktinkomsten per MWh van een producent uit elektriciteit die in een kalendermaand wordt geleverd (i) inkomsten uit overeenkomsten tot verkoop van die elektriciteit, (ii) negatieve inkomsten uit overeenkomsten

[7] Zie artikel 2, onderdeel 5, van Verordening 2022/1854.
[8] Zie artikel 6 van het wetsvoorstel.
[9] Zie artikel 7, eerste lid, van het wetsvoorstel.
[10] Minus de hoeveelheid elektriciteit die in de kalendermaand is opgewerkt uit de energiebron(nen) en is ingezet voor balancering, redispatch of compensatiehandel.
[11] Zie artikel 7, derde lid, van het wetsvoorstel.
[12] Zie artikel 10, eerste lid, van het wetsvoorstel.

tot aankoop van elektriciteit om te voldoen aan de verplichtingen tot verkoop van elektriciteit en (iii) negatieve en positieve inkomsten uit overeenkomsten tot verkoop en levering van elektriciteit met inbegrip van stroomafnameovereenkomsten en andere verrichtingen ter afdekking van schommelingen op de groothandelsmarkt voor elektriciteit met betrekking tot overeenkomsten tot verkoop van elektriciteit.[13] Artikel 9 van het wetsvoorstel bevat een waardering van totale marktinkomsten per MWh uit elektriciteit die in een kalendermaand wordt geleverd door een producent die onderdeel is van een groep.

[13] Zie artikel 8, eerste lid, van het wetsvoorstel.

Bijlage 2 Opmerkingen op specifieke onderdelen van het wetsvoorstel

Algemene opmerkingen

Toezicht, handhaving en rechtsbescherming

In de MvT geeft u aan dat eventuele inhoudelijke geschilpunten over de belastbare marktinkomsten door de NEa afgewikkeld worden in het kader van het toezicht op het marktinkomstenverslag en dat deze geschilpunten uitsluitend in dat kader ter discussie kunnen worden gesteld.[14] De vraag is of dit in de praktijk zo zal uitpakken. De tekst van het voorstel sluit dubbele procedures niet uit en bevat ook geen mechanisme om consistentie tussen het marktinkomstenverslag en de aangifte te waarborgen. Als een heffingplichtige het niet eens is met aanwijzingen van de NEa bij het opstellen van een nieuw marktinkomstenverslag of met de ambtshalve vaststelling van een marktinkomstenverslag moet hij daartegen opkomen bij de NEa en tegelijkertijd bij de Belastingdienst tegen de aanslag op basis van het marktinkomstenverslag. Immers, het gaat hier om gescheiden besluitvorming, waarbij de Belastingdienst de NEa volgt wat betreft de inhoud van het verslag. Wil een bedrijf dus ontkomen aan een bepaalde heffing, dan zal het veiligheidshalve zowel bij de NEa als de Belastingdienst moeten opkomen tegen de in zijn ogen onjuiste vaststelling van de marktinkomsten. Het zou wenselijk zijn als het wetsvoorstel dubbele procedures voor het bedrijfsleven en de overheid over in wezen dezelfde materie voorkomt.

Het huidig wetsvoorstel gaat ervan uit dat tegen de besluiten van de NEa beroep bij rechtbanken door heel Nederland open staat en hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. De ACM vreest dat deze meerdere beroepsgangen voor langdurige rechtsonzekerheid onder producenten kan leiden. Derhalve acht de ACM beroep bij het in het energierecht gespecialiseerde College van Beroep voor het bedrijfsleven in eerste en enige instantie het meest voor de hand liggend.

Balancering & redispatch

De voorgestelde methode van uitzonderen van balancering en redispatch doet mogelijk geen recht aan de situatie waarin het leveren van de dienst bestaat uit een vermindering van invoeding van elektriciteit (bijvoorbeeld door minder te produceren). In veel gevallen staat hier een betaling van de producent tegenover, in plaats van inkomsten voor de producent. Het financiële voordeel bestaat in die situatie uit de som van de marktinkomsten uit de initiële verkoop en de (mogelijk negatieve) inkomsten als gevolg van de (mogelijk negatieve) prijs voor balancering of redispatch. Bij een negatieve prijs levert dit een voordeel op ten opzichte van produceren, zolang de uitgespaarde brandstofkosten hoger zijn dan wat de producent betaalt.

Op basis van het wetsvoorstel is niet zeker dat de producent het beoogde voordeel ook daadwerkelijk behaalt. Namelijk: bij toepassing van het huidige wetsvoorstel worden de marktinkomsten van de niet ingevoede elektriciteit, toegerekend aan de wel ingevoede elektriciteit. Vermindering van invoeding ten behoeve van balancering of redispatch leidt zodoende tot hogere belastbare inkomsten per geproduceerde MWh. Tegelijkertijd wordt een betaling van de producent voor de verminderde invoeding buiten beschouwing gelaten. Zonder aanpassing van hun biedgedrag, kunnen producenten onder het wetsvoorstel niet in alle gevallen het beoogde financiële voordeel van neerwaartse balancering en redispatch behouden.

Om er zeker van te zijn dat ook in beschreven situaties de producent de financiële voordelen van het deelnemen aan balancering of redispatch behoudt, geeft de ACM de volgende toevoegingen in overweging:

1) Voeg aan artikel 10, eerste lid, van het wetsvoorstel aan de definitie van SHV toe dat de afgeregelde volumes bij de al beschreven volumes worden opgeteld.

[14] MvT paragraaf 7.3.

2) Voeg aan het wetsvoorstel toe, dat de inkomsten uit balancering (zoals genoemd in artikelen 2, derde lid, 7, derde en vierde lid, 8, tweede lid, en 12, derde lid) in het geval van neerwaartse balancering of redispatch negatief kunnen zijn, namelijk in het geval dat sprake is van een betaling van een balanceringsdienstverlener of een congestion service provider (CSP[15]) aan de netbeheerder.

Bij deze voorgestelde wijzigingen zijn twee kanttekeningen te maken:
- Mogelijk anticiperen balanceringsdienstverleners en CSP's in hun biedingen al op een (voor hen) negatief effect van neerwaartse balancering respectievelijk redispatch op het bedrag dat zij moeten afdragen, door hun biedingen op te hogen. In dat geval zouden de wijzigingen niet nodig zijn.
- Voor deze wijziging is inzicht in de afgeregelde volumes nodig. Mogelijk zijn deze gegevens niet eenvoudig voorhanden, en/of lastig te valideren door een accountant.

Op diverse plekken in het wetsvoorstel (artikel 2, derde lid, 7, derde lid, en 8, tweede lid, onder a) en in de MvT staat de zinsnede "elektriciteit … ingezet door een balanceringsdienstverlener op de balanceringsmarkt". De ACM stelt voor om dit te wijzigen in "biedingen voor balanceringsenergie … die zijn geactiveerd door de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet". Dit om het wetsvoorstel in overeenstemming te brengen met het balanceringssysteem zoals geregeld in Verordening 2019/943 en nader uitgewerkt in hoofdstuk 10 van de Netcode elektriciteit.

Opmerkingen per artikel van het wetsvoorstel

Artikel 1

- In de begripsbepalingen wordt 'rijksbelastingdienst' gedefinieerd en in de MvT wordt alleen gesproken over de Belastingdienst. Dit is niet consistent.

Artikel 7

- De ACM stelt voor om de titel van artikel 7 aan te passen naar "Belastbare marktinkomsten uit in een kalendermaand opgewekte elektriciteit" aangezien het gaat om belastbare marktinkomsten van de producent uit door hem in een kalendermaand opgewekte elektriciteit.
- Artikel 7, derde lid: gebruik van de term totale marktinkomsten (TM) voor een gemiddelde prijs is verwarrend. Bovendien suggereert het woord 'totale' dat het om een totaal gaat. De ACM stelt voor om dit te definiëren als totale maandgemiddelde marktinkomsten per megawattuur en de afkorting "TM/MWh" te gebruiken. Daarnaast stelt de ACM voor om aan het eind van de definitie van totale marktinkomsten toe voegen "…per megawattuur." Net zoals bij de definitie van het vrijgesteld bedrag (VB) in dit artikellid.
- Artikel 7 zevende lid: het is de ACM niet duidelijk wat wordt bedoeld met nadere regels met betrekking tot de wijze van bepalen van de hoogte van de marktinkomsten. Dit kan worden aangevuld in de MvT.

Artikel 8

- Artikel 8, eerste lid, onder a en onder b: er staat "op Nederlandse elektriciteitmarkten". Het uitgangspunt volgens Verordening 2022/1854 moet zijn in Nederland geproduceerde elektriciteit die in de EU is verkocht. Elektriciteit kan ook worden verkocht aan buitenlandse marktpartijen. Het is de ACM niet duidelijk wat hier is bedoeld met Nederlandse elektriciteitsmarkten.

[15] Een CSP is en marktdeelnemer die congestiemanagementdiensten levert aan een netbeheerder, artikel 1.1. Begrippencode Elektriciteit.

- Op pagina 34 van de Memorie van Toelichting staat: “Ook indien de elektriciteit wordt verkocht aan een afnemer buiten Nederland, zal deze elektriciteit op de Nederlandse groothandelsmarkt moeten worden verkocht om die te leveren aan de afnemer. Op de groothandelsmarkt in het land van de afnemer wordt de betreffende hoeveelheid elektriciteit dan weer aangekocht. De inkomsten uit verkoop van de elektriciteit op de Nederlandse groothandelsmarkt worden bij het bepalen van de totale marktinkomsten uit elektriciteit in aanmerking genomen.” Dit lijkt te suggereren dat alleen naar verkoop in Nederland gekeken moet worden. Dit lijkt de ACM geen juiste interpretatie van Verordening 2022/1854. Voor de bepaling van de marktinkomsten uit productie maakt het niet uit in welk (EU-)land de verkoop plaatsvindt. Relevant is wat de producent (of de verbonden groepsmaatschappij) aan inkomsten ontvangt, inclusief de resultaten van eventuele (lange termijn) overeenkomsten met buitenlandse afnemers en hedges die dienen ter afdekking van risico’s op prijsverschillen tussen verschillende landen (of prijszones).
- Artikel 8, eerste lid, onder b: het kan voorkomen dat prijzen van day-ahead producten negatief zijn. Als op dat moment elektriciteit wordt aangekocht om te voldoen aan verplichtingen tot verkoop als bedoeld in artikel 8, eerste lid, onder, dan zouden ook deze positieve inkomsten moeten worden meegenomen uit aankoop. De ACM stelt daarom voor om “negatieve inkomsten uit overeenkomsten tot aankoop” veranderen in “inkomsten uit overeenkomsten tot aankoop.” In de Memorie van Toelichting zou dan kunnen worden aangegeven dat deze inkomsten doorgaans negatief zijn.
- Artikel 8, eerste lid, onder c: Op pagina 9 van de MvT staat dat voor het afdekken van de financiële risico’s met onder andere forwards, futures en power purchase agreements de verzamelnaam hedges wordt gebruikt. Uit deze toelichting en het wetsvoorstel wordt echter niet duidelijk of er ook met andere (eventueel complexere) vormen van hedges rekening moet worden gehouden bij de bepaling van de marktinkomsten, en zo ja welke.
- Artikel 8, derde lid: in dit artikellid staat dat nadere regels worden gesteld over de wijze van bepaling van de totale marktinkomsten. Artikel 9 bevat echter niet een soortgelijke bepaling. De nadere regels moeten echter van toepassing zijn op producenten die wel en die niet onderdeel zijn van een groep. Dit zou moeten worden verduidelijkt in het wetsvoorstel bijvoorbeeld door aan artikel 9 van het wetsvoorstel een artikellid toe te voegen dat vergelijkbaar is met artikel, derde lid, van het wetsvoorstel of op een andere wijze.

Artikel 9

- Artikel 9: als de producent die deel uitmaakt van een groep de opgewekte elektriciteit via verschillende partijen binnen en buiten de groep verkoopt, is niet duidelijk hoe hij dit artikel moet toepassen. Dit geldt temeer als sprake is van (complexe) hedging door een groepsmaatschappij.
- Artikel 9, eerste lid: Het eerste zinsdeel stelt dat voor de situatie waarin een producent deel uitmaakt van een groep en de opgewekte elektriciteit verkoopt aan een verbonden groepsmaatschappij, niet artikel 8 (“in afwijking van”), maar dit artikellid van toepassing is. Vervolgens veronderstelt het artikel dat artikel 8, eerste lid, juist wel wordt toegepast op de inkomsten van de verbonden groepsmaatschappij uit verkoop van de geproduceerde elektriciteit. Dit is niet consistent. Als artikel 9, eerste lid, voor deze situatie in plaats komt van artikel 8, moet artikel 9 een alternatieve berekeningswijze bevatten.
- Artikel 9, eerste lid: Het is niet duidelijk waarom niet direct geldt dat voor de totale marktinkomsten van de producent van belang zijn de totale marktinkomsten die zijn behaald door de groep waar de producent onderdeel van uitmaakt. Er wordt nu eerst aangegeven dat als totale marktinkomsten worden aangemerkt de inkomsten uit de verkoop tussen de producent en de verbonden groepsmaatschappij en daarna wordt aangegeven dat deze inkomsten worden gesteld op de totale marktinkomsten van de verbonden groepsmaatschappij die de opgewekte elektriciteit verkoopt. Van belang is dat uit de formulering volgt dat alle inkomsten uit (i) verkoop van de elektriciteit van de producent, (ii) inkomsten uit aankoop van elektriciteit om aan die verkoop te kunnen voldoen en (iii) negatieve en positieve inkomsten uit hedges mee worden genomen. Dit volgt nu echter niet

ondubbelzinnig uit de formulering en dit creëert onduidelijkheid over hoe de totale marktinkomsten in geval van een producent die onderdeel is van een groep moet worden berekend.
- Uit pagina 35 van de Memorie van Toelichting valt op te maken dat het uitgangspunt bij de situatie zoals bedoeld in artikel 9, eerste lid, is dat voor de bepaling van de marktinkomsten moet worden gekeken naar de marktinkomsten van de verbonden groepsmaatschappij die de elektriciteit van de producent verkoopt. De ACM kan zich hierin vinden. Dit volgt echter niet ondubbelzinnig uit de tekst van artikel 9, eerste lid.
- Artikel 9, tweede lid en derde lid: de ACM stelt voor om de formulering "met dien verstande dat de deze inkoopkosten ten minste gelijk zijn aan (...)" te wijzigen in “als de inkoopkosten lager zijn dan (…), worden deze gelijk gesteld aan (…).”

Artikel 10

- Artikel 10, eerste lid: in situaties waarbij artikel 9 in plaats van artikel 8 van toepassing is voor de berekening van de totale marktinkomsten, lijkt artikel 10 ook niet van toepassing. Verwijzing naar artikel 9 ontbreekt in de formule met TM, STM en SHV. De MvT biedt ook geen verduidelijking. Dit betekent dat de marktinkomsten die berekend zijn door toepassing van artikel 9 ook niet in de belastbare marktinkomsten (formule artikel 7, derde lid) terechtkomen en dat lijkt niet de bedoeling.
- Artikel 10, eerste lid: verder merkt de ACM op dat in artikel 10, eerste lid, bij de formule van SHV staat “…som van de hoeveelheid elektriciteit voor levering…die is verkocht en aangekocht…” Echter deze benadering lijkt de ACM onjuist. De hoeveelheid elektriciteit die is aangekocht zou een negatief karakter in deze formule moeten hebben.
- Tegelijkertijd wijst de ACM erop dat als met de aankoop van alle elektriciteit rekening wordt gehouden (ook als deze geen enkele verband heeft met de eigen productie) er een risico is dat de aangekochte hoeveelheden de verkochte hoeveelheden in aanzienlijke mate verlagen. Ook hierbij vraagt de ACM zich af of deze benadering leidt tot totale marktinkomsten per MWh die een goede weergave vormen voor de marktinkomsten zoals bedoeld in Verordening 2022/1854.

Artikel 11

- Artikel 11, onder c, definitie “PS”: Het is niet duidelijk hoe een producent moet bepalen welke beurs het meest liquide is en op basis waarvan. In de MvT wordt als voorbeeld de beurs ICE genoemd, maar dat biedt geen uitsluitsel. Het is niet duidelijk wat met een dagelijkse prijs wordt bedoeld. De genoemde contracten worden continu verhandeld en ook in blokken. Mogelijk is hier bedoeld de dagelijkse settlement price van ICE, maar dat behoeft dan verduidelijking. In de toelichting op het AP12 product op de website van ICE staat: “The weighted average price of trades during a ten-minute settlement period from 16:05 to 16:15, London Local Time. If there is low liquidity during this time, Quoted Settlement Prices (QSP’s) will be used to establish the settlement price.” Dit betreft dus de gewogen gemiddelde prijs gedurende een bepaald handelsvenster van 10 minuten op elke handelsdag.

Artikel 12

- Het lijkt de ACM onvoldoende om alleen in de MvT op te nemen dat het verslag correct en volledig moet zijn, want dit is de grondslag voor de bevoegdheid om met aanwijzingen van de minister een nieuw marktinkomstenverslag vast te laten stellen (artikel 14) of dit ambtshalve te doen (artikel 15). Deze eis kan in artikel 11 worden toegevoegd.
- De situatie kan bestaan dat een producent wel deel uitmaakt van een groep die deels in Nederland opereert, maar dat er geen groepshoofd in Nederland is. Het kan praktisch zijn om toe te staan dat de Nederlandse dochters dan toch één gezamenlijk marktinkomstenverslag indienen.

- Op grond van artikel 2.4 van de Netcode elektriciteit hebben elke aansluiting, elk primair allocatiepunt, elk secundair allocatiepunt én elke productie-eenheid en opslag-eenheid een eigen EAN-code. Netbeheerders hebben hier een register van (artikel 13.31 van de Netcode elektriciteit). Het lijkt praktisch om in de MvT te verwijzen naar deze EAN's voor identificatie van productie-installaties en aansluitingen als bedoeld in artikel 12, tweede lid onder b en c.
- Artikel 12, vijfde lid, van het wetsvoorstel bepaalt dat bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat er een accountant betrokken is bij het marktinkomstenverslag. Als dit sowieso wenselijk wordt geacht, kan deze verplichting nu al in de wet worden opgenomen.
- Op grond van artikel 12 moeten ondernemingen inzicht geven in een aantal berekeningen. In de wet en de MvT ontbreekt een uitleg over hoeveel detail – bijvoorbeeld in invoergegevens en tussenstappen - de berekeningen moeten bevatten. Deze uitleg is wel wenselijk voor een goede uitvoering door ondernemingen en een duidelijk norm voor het toezicht.

Artikel 23

- In het vijfde lid van artikel 23 van het wetsvoorstel wordt enkel de producent genoemd. De ACM vraagt zich af of gezien het vierde lid van artikel 23, hier gesproken worden over “de producent dan wel de groepsmaatschappij.”