



REACTIE ENERGIE SAMEN / WINDUNIE

Op de consultatie van het conceptwetsvoorstel: "Tijdelijke wet inframarginale elektriciteitsheffing"

Management Summary

De leden van Energie Samen / Windunie willen graag een bijdrage leveren aan het tegengaan van energiearmoede in Nederland. Om meerdere redenen denken wij echter dat de Tijdelijke wet niet effectief, contraproductief en onevenredig is. Partijen betreuren dat bestaande belastingmaatregelen niet worden ingezet. Dit zou naar onze mening evenrediger en effectiever zijn. Partijen verzoeken daarom invoering van de Tijdelijke wet te heroverwegen.

Gezien de Europese verordening op dit gebied, begrijpen wij dat de speelruimte van de Nederlandse wetgever beperkt is, en niet kan worden afgezien van enige vorm van regulering. Mocht het huidige conceptwetsvoorstel toch de weg zijn die wordt vervolgd, dan verzoeken Energie Samen / Windunie de volgende punten in acht te nemen:

- Vervanging van de 1 MW-grens door een vrije voet van 1 MW, teneinde zo veel mogelijk te voorkomen dat een relatief kleine groep onevenredig wordt geraakt. Zie: paragraaf II.3;
- Verduidelijking omtrent hoe en waar (d.w.z. in welk register) wordt vastgesteld wie wel en niet onder de regeling valt. De huidige definitie van productie-installatie geeft daartoe onvoldoende duidelijkheid. Zie: paragraaf III.3;
- Bevestiging dat profiel- en onbalanskosten als negatieve inkomsten worden gekwalificeerd onder de regeling. Zie: paragraaf III.4;
- Voorkom een ongelijke uitwerking op belastbare inkomsten uit termijncontracten ten opzichte van contracten gebaseerd op de dagmarkt. Zie: paragraaf II.1, II.3;
- Sluit alle vormen van curtailmentopbrengsten uitdrukkelijk uit in de regeling. Zie paragraaf III.5;
- Sluit alle opbrengsten door het gebruik van batterijen bij wind- en zonneparken uit in de regeling. Zie: paragraaf III.6;
- Verduidelijking omtrent hoe de wetgever omgaat met premies in het bepalen van het belastbare inkomen. Zie: paragraaf III.7;
- Verduidelijking over hoe wordt omgegaan met bedragen die worden achtergehouden als buffer voor het opvangen van marktrisico's. Zie: paragraaf III.8;
- Voorzie in een salderingsbepaling waarbij de berekening van de verschuldigde inframarginale heffing onafhankelijk is van het afgesloten verkoopcontract en plaatsvindt op basis van een gemiddelde van het betreffende kalenderjaar. Zie paragraaf: III. 10;
- Voorzie in een bepaling, waarbij in de berekening van de verschuldigde inframarginale heffing saldering binnen die periode wordt toegestaan. Zie: paragraaf II.1;
- Bevestig uitdrukkelijk dat de Tijdelijke wet eindigt op 30 juni 2023.

I. Algemene opmerkingen: regeling is ineffectief, contraproductief en onevenredig

Coöperatie Energie Samen U. A. (hierna verder: “**Energie Samen**”), is de coöperatieve duurzame energiebeweging in Nederland. Energie Samen wordt gevormd door burgers, boeren en lokale ondernemers die al jaren actief zijn in de duurzame energietransitie. 60% van alle windenergie en 80% van alle zonne-energie op land wordt door Energie Samen gerealiseerd. Als lid van Energie Samen is Coöperatie Windunie U.A. (hierna verder: “**Windunie**”) penvoerder in deze consultatie. Windunie is actief sinds 2001. De leden van Windunie produceren gezamenlijk duurzame energie voor circa 1 miljoen huishoudens in Nederland. Energie Samen en Windunie worden hierna ook aangeduid als **Partijen**.

Partijen hebben kennisgenomen van het conceptwetsvoorstel met de naam “Tijdelijke wet inframarginale elektriciteitsheffing” (hierna verder: “**Tijdelijke wet**” of het “**Conceptwetsvoorstel**”), zoals dit op 27 januari 2023 via internet ter consultatie is aangeboden.

Hoewel de leden van Partijen – waarvan een deel onder de Tijdelijke wet zal vallen - het achterliggende doel van de Tijdelijke wet begrijpen en een bijdrage willen leveren aan het voorkomen van energiearmoede door de stijging van de energieprijzen mede als gevolg van de oorlog in Oekraïne, menen zij dat met de Tijdelijke wet een verkeerde weg wordt ingeslagen. Het voorgestelde prijsplafond van €130 per MWh schiet zijn doel voorbij. Kort gezegd is de Tijdelijke wet volgens Partijen **niet effectief, contraproductief, en onevenredig**. Dit leidt ertoe dat met name de kleine, vooral lokaal leverende, duurzame energieproducenten en coöperaties van kleinschalige wind- en zonne-energieproducenten die onder de regeling komen te vallen, onevenredig worden benadeeld. Dat zullen vele leden van Partijen zijn. Partijen menen dan ook dat het huidige Conceptwetsvoorstel niet, althans niet in de vorm zoals nu aangeboden, in werking kan treden. Los van de beleidsmatige onwenselijkheid van deze regeling, is de Tijdelijke wet volgens Partijen ook vanuit juridisch oogpunt onhoudbaar. In het bijzonder is er sprake van strijdigheid met hogere regelgeving (EU-recht en het EVRM), alsmede met de Grondwet.

Los hiervan wijzen Partijen erop dat het Conceptwetsvoorstel op tal van onderdelen onduidelijk is, zodat de leden van Partijen onvoldoende weten waar zij aan toe zijn. Als besloten zou worden tot de invoering van een dergelijke wet, dan is een nadere kwaliteitsslag nodig en dienen de vele onduidelijkheden te worden weggenomen. Zonder uitputtend te zijn, zullen Partijen de onderdelen die – wat Partijen betreft – nadere verduidelijking behoeven, hierna eveneens behandelen. Voor zover Partijen de duidelijkheid zelf kunnen geven, zullen zij dit aan de wetgever meegeven, waarbij zij de hoop uitspreken dat hun reactie serieus wordt genomen.

Deze reactie is als volgt opgebouwd. In **Paragraaf 2** wordt nader toegelicht waarom het Conceptwetsvoorstel ineffectief, en contraproductief is en leidt tot oneerlijke en onevenredige uitkomsten. Ook komt in deze paragraaf aan de orde dat inwerkingtreding van de Tijdelijke wet zich niet verdraagt met de Grondwet en met hogere regelgeving, o.m. artikel 1 Eerste Protocol EVRM. In **Paragraaf 3** wordt vervolgens ingegaan op de vele onduidelijkheden die aan het Conceptwetsvoorstel kleven en die, áls het Conceptwetsvoorstel onverhoopt toch wordt doorgezet in deze vorm, nadere verduidelijking behoeven. In **Paragraaf 4** wordt afgesloten met een conclusie.

II. De Tijdelijke wet: beleidsmatig en juridisch onjuiste keuze

II.1 De Tijdelijke wet: ineffectieve keuze

Partijen achten de keuze voor een plafond van €130 per MWh ten eerste ineffectief. Nu de energieprijzen inmiddels weer naar een (bijna) ‘normaal’ niveau zijn gedaald, zullen de opbrengsten van het voorgestelde plafond gering of zelfs minimaal zijn en daardoor geen effectieve bijdrage leveren aan de bestrijding van energiearmoede. Los van de marktontwikkeling is dit in de ogen van Partijen primair te wijten aan het feit dat de wetgever werkt met onjuiste economische aannames.

De prijzen voor elektriciteit op de dagmarkt (EPEX) zijn aan het dalen en lijken zich te gaan stabiliseren. Zo lag de gemiddelde prijs voor januari 2023 op €125,93 (EPEX) per MWh, terwijl de gemiddelde prijs in december 2022 nog op €258,98 per MWh (EPEX) lag. Hierbij moet worden opgemerkt, dat het hier niet om daadwerkelijke ‘opbrengst’ gaat, aangezien van dit bedrag de negatieve inkomsten voor onbalans en profielkosten (en dat is naar verwachting minimaal 25% van de dagprijs) nog moeten worden afgehaald. Gezien het huidige prijsniveau is het dus sterk de vraag of een prijsplafond van EUR €130 per MWh überhaupt enig effect zal hebben. Daartegenover staan echter wel hoge administratieve lasten voor degenen die onder de regeling zullen gaan vallen (en ook voor de overheid zelf).

De wetgever lijkt zich bij de bestrijding van ‘hoge elektriciteitsprijzen’ enkel te baseren op de dagprijzen. Deze vertoonden inderdaad een hoge piek als gevolg van de Russische oorlog in Oekraïne. In het Conceptwetsvoorstel lijkt echter voorbij te worden gegaan aan het feit dat er ook een termijnmarkt (ENDEX) bestaat. Op die markt waren de prijzen ook ten tijde van genoemde hoge dagmarktpiek aanmerkelijk lager, dit vanwege de vertraagde doorwerking van die dagmarktprijzen op deze termijnmarktprijzen. Nu de dagmarktprijzen dalende zijn terwijl de doorwerking daarvan op de termijnmarktprijzen traag is (en de prijzen op die markt dus nog hoger zijn), worden met name de producenten met een contract gebaseerd op de termijnmarktprijs onevenredig geraakt. In feite worden deze producenten dubbel geraakt door de voorgestelde heffing. Vanwege de trage doorwerking profiteerden deze producenten eerder niet van de hoge dagmarktprijzen, maar zij moeten nu wel de opbrengsten afstaan als gevolg van de hogere termijnmarktprijs, die als gezegd pas met een vertraging daalt. Het Conceptwetsvoorstel houdt ten onrechte geen rekening met deze dynamiek, die dus voor een onevenredige belasting voor bepaalde producenten zorgt.

In de toelichting op het Conceptwetsvoorstel wordt tevens betoogd dat het plafond van €130 per MWh nog altijd (ruimschoots) hoger ligt dan de verwachte prijs van elektriciteitsproducenten ten tijde van het investeringsbesluit voor hun productie-installatie. Uit de toelichting volgt dat bij de keuze voor het plafond bij €130 per MWh ervan is uitgegaan dat dit bedrag ruim boven de gemiddelde weekprijzen lag van €40 per MWh tot €70 per MWh. Deze aanname is echter onjuist. Met name de EPEX-prijzen fluctueren sterk. Ook wordt daarbij voorbijgegaan aan het feit dat er ook perioden zijn met lage prijzen die nauwelijks voldoende zijn om de kosten te dekken. Kortom, het voorgestelde plafond werkt marktversturend zonder dat dit bijdraagt aan een effectieve bestrijding van energiearmoede. In dat verband merken Partijen ook op dat het vreemd is dat de wetgever niet voorzien heeft in een salderingsmogelijkheid binnen de gehele te reguleren periode, maar dat per maand moet worden gekeken wat boven het plafond uitkomt. Saldering zou tot een veel eerlijker resultaat leiden. De mogelijkheid van saldering is onder de Verordening toegestaan, en Partijen roepen de wetgever dan ook deze mogelijkheid in de regeling op te nemen. Dit sluit beter aan bij de reële marktsituatie. Hierdoor worden alleen de piekmomenten in die periode door de voorgestelde heffing getroffen.

In verlengde daarvan wijzen Partijen erop dat het voorgestelde plafond een noodmaatregel betreft. Voor het invoeren van een dergelijke noodmaatregel is essentieel dat er sprake dient te zijn van een daadwerkelijke noodsituatie. Daarvan is gezien de stabilisering van de marktprijzen echter geen sprake. De vraag moet worden gesteld of een regeling als de Tijdelijke wet dan wel is opportuun is (of in het licht van het EU-subsidiariteitsvereiste überhaupt wel is toegestaan). De inzet van (bestaande)

belastingmaatregelen lijkt in dat licht veel doeltreffender (en minder belastend) om energiearmoede te bestrijden. Dit leidt ook tot minder marktverstoring.

Ten slotte wijzen Partijen ook op de onnodige ‘gedwongen winkelnering’. Als gezegd, de leden van Partijen zijn bereid hun steentje bij te dragen aan het voorkomen van energiearmoede. Zij willen echter zo veel mogelijk de vrijheid hebben om zelf te bepalen hoe zij daaraan bijdragen (bijvoorbeeld door lokale fondsen etc.). Partijen menen dat het Conceptwetsvoorstel haaks staat op de ondernemersvrijheid – een groot goed, dat ook in Europese verdragen als recht is verankerd – als die keuzemogelijkheid wordt ontnomen en er simpelweg geld wordt afgeroomd.

II.2 **Contraproductief – rem op innovatie**

Partijen menen dat de voorgestelde Tijdelijk wet ook contraproductief is. Met name gezien de overige beleidsdoelstellingen ten aanzien van het aanjagen van investeringen en innovatie, de stimulatie van lokale opwekking, slim netgebruik (met inbegrip van de bestrijding van congestie) en andere factoren die van belang zijn om de energietransitie te versnellen. Het kan niet zo zijn dat het doel om energiearmoede te bestrijden uiteindelijk andere doelstellingen ondermijnt, waarbij op termijn de relatief kleine lokale duurzame elektriciteitsproducenten die onder de regeling vallen ten opzichte van de grote marktspelers ook nog onevenredig worden benadeeld.

De energietransitie vereist, mede in het licht van de klimaatdoelstellingen, een snellere verduurzaming van de energievoorziening uit hernieuwbare energieproductie. Het liefst door de markt zelf. Het voorgestelde plafond van €130 per MWh zal een rem zetten op investeringen, waardoor de markt in feite bevroren wordt. Gelet op de huidige marktomstandigheden en de verwachte ontwikkelingen, zal het voorgestelde plafond investeerders prikkels ontnemen om investeringen te doen die misschien wel een hogere opbrengst zullen generen (of misschien niet; dat is nu eenmaal het risico van investeren). Investeringen tijdens deze periode kunnen immers minder snel worden terugverdiend, indien de opbrengst per MWh boven het voorgestelde plafond uitkomt. Dit heeft automatisch tot gevolg dat ook innovatie zal achterblijven op het gebied van bijvoorbeeld: ‘zon bij wind’, opslagfaciliteiten voor hernieuwbare energie en de toepassing van waterstof etc.

Ook de stimulatie van lokale energieopwekking zal dan achterblijven. Ondernemers, bijvoorbeeld agrariërs, die als relatief kleine producent lokaal willen bijdragen aan verduurzaming, zullen met een geringe opbrengst deze stap niet maken, terwijl juist deze lokale partijen met minimale subsidie kunnen voorzien in behoefte van meer hernieuwbare energie. Als relatief kleine producenten moeten zij immers fors investeren om hun business case haalbaar te maken. Dit is alleen mogelijk bij een *price forecast* die hen helpt om een solide business case neer te zetten ter verkrijging van de benodigde financiering. Zoals hiervoor al is benoemd, dalen de prijzen inmiddels sterk. Het voorgestelde prijsplafond kan ertoe leiden dat de relatief kleine producenten die onder de heffing vallen minder snel een financiering kunnen krijgen, vanwege de ongunstige price forecast. Daarmee staat de Tijdelijke wet haaks op het regeringsbeleid om in te zetten op decentrale opwekking.

Daarnaast ontnemt de voorgestelde Tijdelijke wet deze relatief kleine lokale elektriciteitsproducenten de mogelijkheid om middels marktinitiatieven bij te dragen aan de bestrijding van energiearmoede. Het businessmodel van kleine duurzame elektriciteitsproducenten, zoals dat van vele leden van Partijen, richt zich op zogenaamde ‘Local4Local-levering’. Hierbij leveren lokale producenten aan lokale afnemers, tegen een onderling afgesproken eerlijke, betrouwbare en veelal vaste prijs, waardoor energiearmoede door de markt wordt bestreden. Het voorgestelde lage energieplafond is in dat licht niet nodig. De markt voorziet met het Local4Local-concept in een eigen oplossing voor de bestrijding van energiearmoede. Derhalve grijpt de voorgestelde Tijdelijke wet onnodig en disproportioneel in op deze specifieke lokale markt. Dit maakt dat de voorgestelde maatregel contraproductief is voor producenten die net boven de grens van 1,0 MW komen.

Extra investeringen zullen ook achterblijven ten aanzien van de opslag van elektriciteit (door middel van batterijen) bij de productie van hernieuwbare energie. Blijkens de toelichting op de Tijdelijke wet wordt batterijopslag namelijk gezien als onderdeel van een wind- of zonnepark, waardoor ook de opgeslagen capaciteit meetelt voor de heffing. En dat terwijl juist deze oplossing op de (middel)lange termijn nodig is om te voldoen aan eventuele redispatching of curtailment. Dit zou daarom uitdrukkelijk niet onder de regeling moeten vallen.

Ten aanzien van balancering volgt uit de toelichting op het Conceptwetsvoorstel dat de voorgestelde heffing ertoe zal leiden dat de prijs voor het afregelen van de elektriciteitsproductie mogelijk hoger zal worden, waardoor producenten van wind- en zonne-energie pas bij hoge prijzen geprikkeld zullen worden om minder te produceren. De wetgever presenteert de mogelijke balancering (die dus inherent onzeker is) echter, ten onrechte, als een gegeven. De wetgever erkent zelf dat de volumes relatief gering zijn en levert geen empirische onderbouwing dat de prijs voor afschakeling dusdanig hoog is dat deze aantrekkelijk genoeg is voor duurzame elektriciteitsproducenten om minder te produceren. Temeer nu de overige inkomsten getroffen worden door de voorgestelde heffing. In de optiek van Partijen zal de Tijdelijke wet de bereidheid van producenten om te balanceren daarom juist verminderen, hetgeen contraproductief werkt. Ook in het licht van de enorme opgave om congestie te verminderen en daarbij 'slimmer' met het net om te gaan, is dit onwenselijk.

In het verlengde daarvan is het door de wetgever gemaakte (fictieve) onderscheid tussen actieve en passieve balancering mogelijk in strijd met EU-verordening 2022/1854¹ (**Noodinterventie-verordening**). Uit overweging 38 van de Noodinterventie-Verordening volgt:

“Om op situaties te kunnen reageren waarin de toepassing van het plafond op marktinkomsten van invloed kan zijn op de prikkels van marktdeelnemers om over te stappen op balanceringsenergie of redispatching en compensatiehandel, moeten de lidstaten kunnen besluiten het plafond niet toe te passen op de marktinkomsten uit de verkoop van elektriciteit op de balanceringsenergiemarkt en uit de financiële compensatie voor redispatching en compensatiehandel.”

In de Noodinterventie-verordening wordt nergens het onderscheid tussen actieve en passieve balancering gemaakt. Daarnaast is er sprake van een ongelijke benadering ten aanzien van curtailment (als onderdeel van redispatching volgens de definitie van artikel 2, sub 26 van EU-verordening 2019/943² (**Elektriciteitsverordening**) ten opzichte van passieve balancering. Ook de geschetste vrees dat passieve balancering: *“een prikkel [zou] zijn om productiecapaciteit achter te houden en daarmee kortstondig een tekort en onbalans te veroorzaken en dat vervolgens ‘passief weg te regelen.”*, is een bewering die niet door enig bewijs wordt gestaafd. Producenten zijn bij balancering gebonden aan de instructies van de netbeheerder en dragen ook een wettelijke verantwoordelijkheid. Nu enige onderbouwing van deze bewering ontbreekt, is het gemaakte onderscheid in het Conceptwetsvoorstel onhoudbaar. Op zijn minst is verduidelijking hier vereist.

Op basis van het bovenstaande concluderen Partijen dan ook dat het Conceptwetsvoorstel andere beleidsdoelstellingen lijkt te ondermijnen, zoals een betere aansluiting van de elektriciteitsvraag op het aanbod en de opschaling van hernieuwbare energie ter realisatie van de klimaatdoelstellingen. Het Conceptwetsvoorstel staat in het bijzonder op gespannen voet met de inzet op 'slim' netbeheer en een effectieve aanpak van congestie. Met het Conceptwetsvoorstel verandert de wetgever in feite de spelregels tijdens het spel. Uit de toelichting volgt ook niet hoe de wetgever de gevolgen van dit prijsplafond heeft afgezet tegen de overige voornoemde strategieën. Zowel voor huidige als toekomstige duurzame elektriciteitsproducenten kan een dergelijke lacune desastreuze gevolgen hebben.

¹ Verordening (EU) 2022/1854 van de Raad van 6 oktober 2022 betreffende een noodinterventie in verband met hoge energieprijzen

² Verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende de interne markt voor elektriciteit (herschikking)

II.3 De Tijdelijke wet is onevenredig

De keuze voor de grens van 1 MW, die in zowel de Noodinterventie-verordening als in het Conceptwetsvoorstel wordt gehanteerd, leidt tot een onaanvaardbare ongelijkheid. Als gevolg daarvan pakt de Tijdelijke wet oneerlijk en onevenredig uit voor een bepaalde groep producenten. Hieronder wordt dit toegelicht.

De grens van 1 MW is als zodanig al in strijd met het gelijkheidsbeginsel en evenredigheidsbeginsel. Buiten het feit dat de gekozen grens volstrekt arbitrair is, valt eenvoudigweg niet uit te leggen waarom een producent met een vermogen van 1,01 MW volledig onder het plafond valt en een producent met een vermogen van 0,99 MW niet. Het zou veel eerlijker zijn om met een vrije voet van 1 MW te werken die voor iedereen geldt. Partijen achten de argumenten van de wetgever waarom dit in de praktijk niet zou werken, niet overtuigend. Waar een wil is, is een weg. De wetgever, althans de uitvoerende instanties, kunnen bij de uitvoering maatwerk leveren. Hierbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een oplossing, waardoor de facto een vrije voet van 1 MW voor alle producenten wordt gerealiseerd. Het kan niet zo zijn dat vanwege praktische uitvoeringsproblemen een maatregel wordt gekozen die eenvoudigweg discriminatoir is door het hanteren van een willekeurige grens. Met een vrije voet ontstaat ook gelijkheid voor de openbare lasten, wat met het huidige Conceptwetsvoorstel evident niet het geval is.

Partijen merken daarnaast op dat het Conceptwetsvoorstel de kleinere onder de regeling vallende windenergieproducenten die gebruik maken van batterijopslag nog eens onevenredig benadelen. Uit de toelichting volgt dat de heffing niet corrigeert voor de mogelijkheid om met een batterij bij een wind- of zonnepark hogere marktinkomsten te genereren. De business case voor batterijen vergt echter een forse investering en is nog niet in alle gevallen positief. Daar komt bij dat de Tijdelijke wet ook passieve balanceringsopbrengsten plaatst onder de heffing. Al deze vormen van inkomsten dragen echter bij aan een stabiele business case voor kleine duurzame elektriciteitsproducenten met batterijopslag. Daarmee wordt deze groep onevenredig benadeeld. Dit is oneerlijk, temeer nu de wetgever niet onderbouwt waarom de onevenredige benadeling van deze groep (die veelal net boven de 1 MW uitkomt) gerechtvaardigd zou zijn. Op deze manier wordt een niet-gerechtvaardigd onderscheid gemaakt in vergelijking met duurzame elektriciteitsproducenten zonder batterijopslag. Dergelijk gebruik van batterijopslag moet aldus buiten de regeling te worden gehouden. Dit zal ook niet afdoen van de effectiviteit van de maatregel (voor zover daar al sprake van is).

De maatregel is ook onevenredig omdat met name de kleinere net onder het plafond vallende duurzame energieproducenten bij een zeer summiere overschrijding van de grens van €130 per MWh direct worden gekort op de marginale extra opbrengst. De gedachte dat door middel van de voorgestelde heffing exorbitante overwinsten zouden worden afgeroomd, klopt voor deze groep duidelijk niet. Het verschil tussen opbrengst per MWh en de daadwerkelijke winst bij deze groep bij een plafond van €130 per MWh en in het licht van de prijsontwikkeling op de EPEX-markt, zal zeer marginaal of zelfs verwaarloosbaar zijn. Partijen wijzen daarbij op het feit dat nergens in het Conceptwetsvoorstel gewag wordt gemaakt van enige vorm van compensatie voor de gevolgen van deze maatregel voor met name deze groep van kleine duurzame energieproducenten.

Een ander punt van ongelijkheid betreft de in de voorgaande paragraaf genoemde positie van producenten met een contract gebaseerd zijn op termijnmarktprijzen, ten opzichte van de producenten met een contract gebaseerd op dagmarktprijzen. Zoals eerder genoemd, lijkt de wetgever bij de bestrijding van 'hoge elektriciteitsprijzen' zich enkel te baseren op de dagprijzen, zulks met een onevenredige verdeling. Partijen verzoeken de wetgever met klem om de Tijdelijke wet ten aanzien van dit ongerechtvaardigde onderscheid te heroverwegen.

II.4 Tijdelijke wet is in strijd met supranationaal recht

Als laatste algemeen punt wijzen Partijen erop dat het voorgenomen plafond van €130 per MWh in strijd is met hoger recht. Allereerst zijn er twijfels over de juistheid van de gekozen grondslag (te weten: artikel 122 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)). Daarnaast verdraagt de invulling van de Tijdelijke wet – een belasting met terugwerkende kracht – zich volgens Partijen niet met artikel 104 Grondwet. Ten slotte is de voorgestelde ingreep – een vorm van eigendomsregulering – niet noodzakelijk en evenredig zoals vereist door artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

Partijen lichten dit hieronder toe.

VWEU (grondslag)

De wetgever baseert deze Tijdelijke wet op de implementatie van bindende regelgeving van de Europese Unie. De Noodinterventieverordening is gebaseerd op artikel 122, lid 1 VWEU. Dit artikel biedt een speciale bevoegdheid voor de Raad om op voorstel van de Commissie voor de economische situatie passende maatregelen vast te stellen ‘in een geest van solidariteit tussen lidstaten’ en specifiek op het gebied van energie. Partijen betwijfelen of de Raad hiermee de juiste grondslag heeft gekozen voor de verordening, mede in het licht van de momenteel aanhangige procedure bij het Hof van Justitie omtrent de vraag of artikel 122, lid 1 VWEU een correcte grondslag vormt voor soortgelijke regelgeving.³ Partijen de wetgever daarom nader te motiveren waarom deze grondslag correct zou zijn. Daarnaast wordt erop gewezen dat er geen sprake (meer) lijkt te zijn van een noodsituatie. In dat geval vereisen algemene beginselen zoals subsidiariteit, evenredigheid en noodzakelijkheid, dat eerst gebruik wordt gemaakt van (bestaande) nationale regelingen; een direct ingrijpende noodmaatregel mag slechts als ultimum remedium worden ingezet, als andere mogelijkheden aantoonbaar ineffectief blijken te zijn. Dat is in ieder geval niet aangetoond.

Grondwet

Daarnaast houdt de wetgever, terecht, rekening met het bepaalde in artikel 104 Grondwet (GW), waaruit blijkt dat belastingen moeten worden geheven uit kracht van de wet. Ondanks dat de wetgever in de toelichting beweert de essentialia van de belasting in de regeling te hebben opgenomen, hetgeen van de wetgever verlangd wordt op basis van artikel 104 GW,⁴ is e.e.a. volgens Partijen onvoldoende onderbouwd. Uit het Conceptwetsvoorstel blijkt onvoldoende welke partijen wel of niet binnen de kring van belastingplichtigen vallen, naast producenten en bepaalde groepsmaatschappijen. Zo bestaat onduidelijkheid over de vraag of partijen die tussen de producent en de eindafnemer staan (en tevens geen onderdeel zijn van de groep waarin de producent zit) onder deze heffing vallen.

Ook creëert de keuze voor het gebruik van een tijdelijke wet onzekerheid over de duur van deze belasting. De Grondwet (maar ook het rechtszekerheidsvereiste) verzet zich daartegen. Andere belastingregelgeving is namelijk opgenomen in reguliere wetgeving zonder einddatum, waardoor belastingplichtigen in kunnen spelen op het bestaan van deze belasting op de lange termijn. Partijen verzoeken de wetgever dan ook de grondslag van de belasting en de relatie tot de grondslag van de verordening nader te onderbouwen en uit te leggen hoe de rechtszekerheid wordt gediend ondanks het tijdelijke karakter van deze wet. Daarnaast verzoeken Partijen elke onduidelijkheid weg te nemen omtrent de vraag wanneer de Tijdelijke wet eindigt: dat moet hoe dan ook na ommekomst van de 7 maanden-termijn zijn.

³ Zie Publicatieblad van de Europese Unie, OJ 2022 L 206, p. 1 (Polen/Raad).

⁴ Kamerstukken II, 1979-80, 15 575, nr. 20, p. 2

Inbreuk artikel 1 Eerste Protocol EVRM

Partijen merken op dat een heffing met terugwerkende kracht op zichzelf niet in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol (EP) van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De gebrekkige motivering van de wetgever, en het ontbreken van motivering hieromtrent van de Raad en de Europese Commissie, op het punt van de noodzakelijkheid maken echter wél dat de voorgestelde heffing (op basis van terugwerkende kracht) op gespannen voet staat met dit artikel.

Partijen wijzen er in dit verband allereerst op dat uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) blijkt dat belastingen in beginsel een inbreuk zijn op het recht en de 'peaceful enjoyment' van eigendom.⁵ Een belastingmaatregel met terugwerkende kracht wordt daarom relatief snel gekwalificeerd als een inbreuk op artikel 1 EP EVRM, doch behelst dit geen absoluut verbod op belastingmaatregelen met terugwerkende kracht.⁶ Partijen achten het twijfelachtig of de maatregel als toelaatbaar kan worden beschouwd, aangezien de voorzienbaarheid van deze maatregel met terugwerkende kracht al niet aanwezig was. Tevens is niet voorzienbaar hoe lang deze maatregel nog zal gelden, vanwege de bestaande wijzigingsmogelijkheid. Hierdoor is sprake van duidelijke rechtsonzekerheid ten aanzien van de duur.

Bovendien, ervan uitgaande dat de maatregel gerechtvaardigd moet worden in het licht van artikel 1 EP EVRM, staat niet vast dat de maatregel een proportionele inbreuk is op het eigendomsrecht. De wetgever heeft bij de vermelding van artikel 1 EP EVRM geenszins rekening gehouden met gerechtvaardigde verwachtingen van producenten en gelieerde entiteiten, onvoldoende onderbouwd waarom terugwerkende kracht gerechtvaardigd is en de (financiële) impact op belastingplichtigen onvoldoende meegewogen.⁷ Hierdoor kan op geen enkele manier gesproken worden van een 'fair balance' tussen de doelen van de Tijdelijke wet en de gevolgen hiervan op het eigendom van producenten en gerelateerde partijen. Het ligt zodoende op de weg van de wetgever de toelaatbaarheid van deze maatregel in het licht van artikel 1 EP EVRM nader te onderbouwen. Ook hier geldt weer dat dient te worden aangetoond dat andere, minder ingrijpende maatregelen, niet zouden volstaan om het gewenste beleidsdoel te bereiken.

Ten slotte merken Partijen op dat de wetgever geen afweging maakt voor de (middel)lange termijn. De effecten van de Tijdelijke wet zullen ook na het vervallen daarvan nog doorwerken in de markt. Daarbij heeft de wetgever ook nagelaten om eventuele nadelige financiële gevolgen door te berekenen, zoals bijvoorbeeld de gevolgen van teruglopende investeringen vanwege de voorgestelde Tijdelijke wet.

Nu deze gevolgen niet zijn meegenomen in de afweging van het Conceptwetsvoorstel, is niet voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste. Zonder nadere motivering op dit punt is de voorgestelde heffing naar het oordeel van Partijen daarom in strijd met artikel 1 EP EVRM.

II.5 Tussenconclusie

Op basis van het bovenstaande concluderen Partijen dat, ondanks de goede bedoelingen van de wetgever, de voorgestelde Tijdelijke wet ineffectief, contraproductief en oneerlijk is. Temeer, omdat de voorgestelde Tijdelijke wet in strijd is met hoger recht. Partijen verzoeken de wetgever dan ook om de Tijdelijke wet niet, althans niet in deze vorm, in werking te laten treden.

⁵ EHRM (Grand Chamber) 29 april 2008, no. 13378/05, *Burden v. United Kingdom*, r.o. 58.

⁶ Zie bijvoorbeeld; EHRM 23 oktober 1997, no. 21319/93, 21449/93 and 21675/93, *National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*; EHRM 10 juni 2003, no. 27793/95, *M.A. and 34 Others v. Finland*; EHRM 3 juni 2004, no. 72665/01, *Di Belmonte (no. 2) v. Italy*; EHRM 16 maart 2010, nr. 72638/01, *Di Belmonte v. Italy* en EHRM 23 juli 2009, no. 30345/05, *Joubert v. France*.

⁷ Zie met name EHRM 10 juni 2003, no. 27793/95, *M.A. and 34 Others v. Finland*).

Buiten deze algemene gronden tegen de inwerkingtreding van de voorgestelde Tijdelijke wet, hebben Partijen ook gedetailleerde kritiek op specifieke voorgestelde bepalingen. Dit wordt in de volgende paragraaf nader toegelicht.

III. **Gedetailleerde kritiek op het Conceptwetsvoorstel**

Partijen menen op grond van hetgeen in Paragraaf II is opgemerkt dat moet worden afgezien van het in werking laten treden van de Tijdelijke wet. Mocht onverhoopt toch ervoor worden gekozen om de Tijdelijke wet in werking te laten treden, dan dient de wet en de toelichting op diverse onderdelen te worden gewijzigd c.q. te worden verduidelijkt. Vanwege de ingrijpende gevolgen van de maatregel, creëert de thans bestaande onduidelijkheid over het Conceptwetsvoorstel veel onrust in de markt en ook onder de leden van Partijen.

De punten waar Partijen kritisch tegenover staan betreffen (onder andere, maar niet uitputtend) de reikwijdte van enkele definities, de wijze waarop marktopbrengsten worden gedefinieerd in het licht van de business case van kleinschalige lokale windenergieproducenten die onder de regeling vallen, het ontbreken van specifieke posten als 'negatieve inkomsten' dan wel het ontbreken van het onterecht niet uitzonderen van deze posten en de vaststelling van het realisatiemoment van de kosten. Ten aanzien van deze punten valt in zijn algemeenheid op dat de wetgever onvoldoende oog heeft voor de wijze waarop de windenergiemarkt werkt; en dan met name de rol voor kleine lokale windenergieproducenten (die veelal verenigd zijn in een coöperatie, zoals bij Partijen). Zo wordt in de toelichting op het Conceptwetsvoorstel gedetailleerd stilgestaan bij de wijze van opwekking van zonne-energie, maar niet bij die van windenergie. Een treffend voorbeeld hiervan in de ogen van Partijen is het ontbreken van een onderscheid tussen curtailment op basis van balanceringsdienstverlening en curtailment wegens negatieve uurprijzen op de markt. Dit onderscheid en de gevolgen hiervan moeten beter uitgewerkt worden en meer aandacht krijgen in het Conceptwetsvoorstel.

Partijen gaan hieronder op de hierboven genoemde punten in.

1. ***Toelichting businessmodel kleinschalige lokale windenergieproductie (al dan niet in verenigd verband)***

Voordat specifiek wordt ingegaan op enkele voorgestelde onderdelen van de Tijdelijke wet, achten Partijen het van belang kort de praktijk van kleinschalige lokale windenergieproductie toe te lichten. Hierbij moet voor ogen worden gehouden dat de inkomsten verschillen naar gelang het type markt waarop kleine elektriciteitsproducenten actief zijn. Zoals eerder genoemd, is er sprake van een ENDEX-markt en een EPEX-markt. Dit alleen al maakt een algemene heffing ineffectief, omdat de inkomsten (zeker na invoering van de voorgestelde heffing) aanzienlijk verschillen.

De overschrijding van de voorgestelde grens van 1 MW door de betreffende windenergieproducenten zal hoogstwaarschijnlijk marginaal zijn. Gelet op het slimme netbeheer waaraan windenergieproducenten moeten meewerken en de wijze waarop de energiemarkt functioneert, moeten ook deze kleine producenten regelmatig (al dan niet verplicht) overgaan tot curtailment. Daarnaast spelen batterijopslag - om overbelasting op het net te voorkomen - en cable pooling een belangrijke rol. Veel kleine lokale duurzame elektriciteitsproducenten maken bij de productie van zowel wind- als zonne-energie efficiënt gebruik van één netaansluiting door middel van cable pooling. Partijen zien graag dat de wetgever oog heeft voor deze specifieke markt en de impact van het voorstel op de betrokken partijen, en menen dat het Conceptwetsvoorstel vanwege hun specifieke positie aanpassing behoeft. Dit kan onder meer door acht te slaan op de hiernavolgende punten.

2. Onduidelijkheid ten aanzien van definitie 'producent'

Artikel 1 van het Conceptwetsvoorstel verwijst voor de definitie van producent' naar artikel 2, onderdeel 38 van Richtlijn 2019/944 (hierna: de "**Vierde Elektriciteitsrichtlijn**").⁸ Daarin wordt 'producent' gedefinieerd als een: "*natuurlijke persoon of rechtspersoon die elektriciteit opwekt*". Naast de producent wordt in het Conceptwetsvoorstel ook gesproken over de 'heffingplichtige'. Artikel 3 van het Conceptwetsvoorstel bepaalt dat de 'heffingplichtige' voor de inframarginale elektriciteitsheffing de producent is van de elektriciteit.

De wetgever laat, mogelijk onbedoeld, in het midden wat de relatie is tussen de heffingplichtige en partijen die geen onderdeel zijn van de groep (in de zin van artikel 2:24b BW) waarin een producent zit, maar slechts de geproduceerde elektriciteit verkopen aan een leverancier. De wetgever erkent deze incongruentie impliciet door de begrippen 'heffingplichtige' en 'marktinkomsten' niet op elkaar af te stemmen, maar wel de groepsmaatschappijen als heffingplichtige te kwalificeren. Andere partijen die tussen de producent en de eindafnemer staan, worden kennelijk niet gezien als heffingplichtige. Graag zien Partijen een bevestiging van de wetgever op dit punt.

Tot slot is de verwijzing naar artikel 2, lid 1 in het voorgestelde artikel 3 onjuist. Met deze verwijzing wordt de suggestie gewekt dat in artikel 2, lid 1 opgenomen is wie de producent is. Het is daarom wenselijk dat wordt verduidelijkt waar de verwijzing naar artikel 2, lid 1 op slaat.

3. Onduidelijkheid ten aanzien van definitie 'productie-installatie'

Volgens Partijen wordt in de huidige voorgestelde definitie van 'productie-installatie' onvoldoende rekening gehouden met kleinschalige productie-installaties die gebruik maken van cable pooling op basis van één aansluiting. De vrees bestaat dat dergelijke installaties tot een aansluiting van 2 MVA alsnog abusievelijk kwalificeren als 'productie-installatie', omdat de Tijdelijke wet onduidelijk is op welke wijze wordt gewaarborgd dat de afzonderlijke geïnstalleerde vermogens van de verschillende productie-installaties niet bij elkaar worden opgeteld. Daarnaast wordt geen rekening gehouden met de additionele lasten die juist alleen deze groep treft.

In de Elektriciteitswet 1998 wordt in artikel 1, leden 6 en 7 nader gedefinieerd wat als 'één installatie' moet worden gezien. Op grond van artikel 1, lid 7 Elektriciteitswet 1998 kunnen een windpark en zonnepark gebruik maken van dezelfde aansluiting, met toewijzing van een eigen allocatiepunt en elk een eigen EAN-code (inclusief eigen meetinrichting). In het voorstel wordt echter afgeweken van deze definitie uit artikel 1, lid 7 Elektriciteitswet 1998, daar iedere productie-installatie achter de samengevoegde aansluiting "*voor deze heffing word[t] beschouwd als twee of meer afzonderlijke productie-installaties*".⁹ Hiermee beoogt de Tijdelijke wet uit te sluiten dat de afzonderlijke geïnstalleerde vermogens van de verschillende productie-installaties met één aansluiting bij elkaar worden opgeteld. Het geïnstalleerd vermogen van de (verschillende) productie-installaties is immers relevant bij de toepassing van de grens van 1 MW als opgenomen in artikel 2 van het Conceptwetsvoorstel. Het Conceptwetsvoorstel verschaft echter geen juridische en feitelijke duidelijkheid omtrent de uitvoering en consequenties van deze scheiding.

Partijen vrezen hierdoor dat bij de uitvoering de afzonderlijke geïnstalleerde vermogens van de verschillende productie-installaties alsnog bij elkaar worden opgeteld en daardoor op grond van de Tijdelijke wet abusievelijk gezien worden als één installatie. Uit het Conceptvoorstel volgt niet op basis waarvan wordt vastgesteld dat het gaat om afzonderlijke productie-installaties, op welke wijze dit wordt geverifieerd en hoe dit administratief correct kan worden aangegeven. Zo is het mogelijk om twee EAN-Groen codes te hebben achter één LDN-code. Het is echter de vraag of dit eenvoudig administratief valt te onderscheiden. Partijen menen dat het noodzakelijk is dat de wetgever op dit punt met verduidelijking

⁸ Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (herschikking).

⁹ Toelichting Conceptwetsvoorstel 'Tijdelijke wet inframarginale elektriciteitsheffing', p. 8.

komt. Partijen doen de volgende aanbeveling; sluit bij de bepaling van de afzonderlijke geïnstalleerde vermogens van verschillende productie-instellingen met één aansluiting (tot 2 MVA) aan bij de EAN-Groen codes op basis van de gegevens bij CertiQ.

Een ander punt is dat in de praktijk veel windturbines worden gezien als een '1 MW-turbine', terwijl het aansluitvermogen voor teruglevering gebaseerd is op 999 KW blijkens het typeplaatje van de omvormer. Partijen zien graag dat de wetgever deze turbines expliciet uitzondert van de voorgestelde heffing.

Vanwege de theoretische samenvoeging van de verschillende productie-installaties onder artikel 1, lid 7 Elektriciteitswet 1998, ontstaan voor de producenten van deze installaties tevens additionele administratieve lasten. Zo kunnen producenten van verschillende productie-instellingen die aangesloten zijn op één aansluiting in hun administratie uitgaan van één installatie. Door de splitsing die de wetgever beoogt, zullen deze producenten- mede vanwege de nieuwe administratieplicht van artikel 13 - meer lasten ondervinden doordat zij hun bestaande administratie moeten wijzigen als gevolg van het splitsen van de installaties die anders volgens artikel 1, leden 6 en 7 Elektriciteitswet 1998 als enkele installatie zouden worden gezien. In het verlengde daarvan vrezen Partijen dat de voorgenoemde additionele kosten voor de producenten niet worden meegenomen in de toelichting bij het uiteindelijke wetsvoorstel of in de IAK-toets.

Ten slotte is het niet duidelijk welke delen van de wind- en/of zonneparken als separate installaties moeten worden beschouwd. Het Conceptwetsvoorstel noch de toelichting daarop maakt duidelijk wat de gevolgen van deze scheiding zijn voor de onderdelen van de relevante wetgeving waarbij het van belang is dat meerdere productie-installaties als één productie-installatie worden beschouwd. Uit de toelichting volgt eveneens geen enkel aanknopingspunt op basis van welke gegevens kan worden vastgesteld wat voor soort code wordt gehanteerd, hoe de capaciteit wordt bepaald en bij welke organisatie dergelijke gegevens worden opgevraagd. Graag zouden Partijen zien dat de wetgever hier nader op ingaat om zo onduidelijkheid bij de voorgenomen uitvoering te voorkomen.

4. Marktinkomsten

De marktinkomsten van de producenten zijn, blijkens artikel 2, lid 1 van het Conceptwetsvoorstel, de bedragen waarover de voorgestelde belasting wordt geheven. De marktinkomsten worden in de toelichting gedefinieerd als "*de inkomsten uit de verkoop van elektriciteit aan afnemers en handelaren*", terwijl deze in Verordening (EU) 2022/1854 worden gedefinieerd als "*de inkomsten die een producent ontvangt in ruil voor de verkoop en levering van elektriciteit in de Unie*".¹⁰

Uit de gehele toelichting volgt echter niet wat concreet als 'marktinkomsten' worden beschouwd. Ook wordt het begrip 'negatieve marktinkomsten' niet helder gedefinieerd. In het verlengde daarvan vinden Partijen het merkwaardig dat profiel- en onbalanskosten niet uitdrukkelijk als 'negatieve marktinkomsten' zijn gekwalificeerd in het Conceptwetsvoorstel. Graag zien Partijen dat hierover alsnog duidelijkheid wordt gegeven.

5. Curtaillmentopbrengsten

Partijen delen het terechte uitgangspunt van artikel 2 uit dit Conceptwetsvoorstel dat bepaalde inkomsten niet worden meegerekend, omdat deze eenvoudigweg niet als 'marktinkomsten' aan te merken zijn in de zin van artikel 2, lid 5 van Noodinterventie-verordening.

Met betrekking tot curtailment blijft het Conceptwetsvoorstel onduidelijk, terwijl dit voor de praktijk van windproducenten juist zo belangrijk is. Met name, omdat de techniek van het afschakelen juist verder ontwikkeld is. Partijen vragen zich af waarom in het Conceptwetsvoorstel niet expliciet is opgenomen dat

¹⁰ Zie artikel 2, lid 1 Conceptwetsvoorstel, Toelichting Conceptwetsvoorstel 'Tijdelijke wet inframarginale elektriciteitsheffing', p. 9 en Verordening (EU) 2022/1854 van de Raad van 6 oktober 2022 betreffende een noodinterventie in verband met de hoge energieprijzen, artikel 2, onderdeel 5.

de curtailmentopbrengst wegens het afschakelen bij negatieve marktopbrengsten buiten de heffing valt. Dat zou alsnog (en uitdrukkelijk) zo moeten worden gedaan. Met name als hiervoor een percentage op de opbrengsten is overeengekomen. Deze opbrengsten staan immers los van de daadwerkelijke productiecapaciteit die worden verhandeld op de markt.

Volgens het Conceptwetsvoorstel vallen de negatieve marktinkomsten ook onder 'marktinkomsten'. In de toelichting wordt enkel de situatie benoemd waarin bijvoorbeeld te weinig windenergie geproduceerd kon worden en vervolgens extra elektriciteit moest worden aangekocht om aan de leveringsverplichting te voldoen. Daarentegen erkent de wetgever dat de inkomsten uit compensatie voor redispatching en eventuele compensatiehandel uitgezonderd moeten worden teneinde bij te dragen aan de leveringszekerheid, zoals opgenomen in het voorgestelde artikel 8, lid 2, en transportproblemen op te lossen.

Deze tegenstrijdige behandeling van negatieve marktinkomsten en inkomsten uit redispatching en compensatiehandel wordt niet door de wetgever toegelicht. Zowel negatieve marktinkomsten als redispatching, curtailment en compensatiehandel kunnen noodzakelijk zijn door oorzaken die buiten de macht van de producent liggen, namelijk een tekort aan wind om windenergie te produceren of de verplichting van de netbeheerder om de aanvoer van windenergie te beperken. In beide gevallen leidt dit ertoe dat de windenergie-producent, mits hierdoor niet aan de leveringsverplichting kan worden voldaan, elders energie moet inkopen om aan zijn verplichtingen te voldoen. Dat dezelfde handeling – het inkopen van energie om aan de leveringsverplichtingen te voldoen – in twee gevallen compleet verschillend uitpakt voor de berekening van de marktinkomsten, is onverklaarbaar en werkt rechtsonzekerheid in de hand. Partijen zien graag dat verduidelijkt wordt hoe redispatching en curtailment zich verhouden tot negatieve marktinkomsten. Temeer daar curtailment direct noch indirect wordt benoemd in de toelichting en derhalve onduidelijk is of curtailment onder negatieve marktinkomsten valt of wordt uitgezonderd vanwege redispatching. Daarnaast blijkt uit de praktijk dat het voor de producent niet altijd helder is waar de PPA-partner/curtailmentpartner deze curtailment inzet.

Om onduidelijkheid te voorkomen, stellen Partijen voor dat de wetgever in de voorgestelde regeling uitdrukkelijk opneemt dat alle curtailmentopbrengsten niet als marktinkomsten kwalificeren, met inbegrip van curtailmentopbrengsten bij negatieve uurprijzen. Dat is volgens Partijen de enige evenredige, eerlijke optie.

6. *Batterijopslag bij wind- en zonneparken*

Uit de toelichting volgt dat een batterij bij een wind- of zonnepark als onderdeel wordt gezien van de productie-installatie. Hierdoor meent de wetgever dat de eventuele marktinkomsten niet onderscheiden kunnen worden voor deze tijdelijke heffing. Derhalve vallen de opbrengsten van batterijen bij wind- en zonneparken onder de heffing, terwijl batterijen met een eigen aansluiting niet onder de heffing vallen. Hierdoor worden wind- en zonne-parken met batterijopslag ongelijk behandeld. Partijen stellen dat de redenering van de wetgever te kort door de bocht is en berust op een onjuiste voorstelling van zaken.

Uit de Noodinterventie-verordening volgt dat gekeken dient te worden naar de 'gerealiseerde marktinkomsten'.¹¹ Bij batterijopslag hoort te gelden dat ook daarbij gekeken dient te worden naar het 'moment van invoeding' op het net. Zonder nadere technische onderbouwing valt niet in te zien waarom dat moment niet valt te meten, waardoor een van de belangrijkste redenen wegvalt om batterijen bij wind- en zonneparken uit te zonderen van de heffing. Ook wordt voorbijgegaan aan het feit dat een deel van de energie bij wind- en zonneproduktie-installaties of opslag daarvan in batterijen als onderdeel van die installaties voor eigen gebruik kan worden aangewend.

¹¹ Overweging 30 Verordening van de Raad 2022/1854.

Tot slot bevat de toelichting omtrent de rol van batterijen in installaties die onderwerp zijn van de heffing ongefundeerde aannames. De relatie tussen het feit dat batterijen zorgen voor een verminderde invoeding van elektriciteit enerzijds, waardoor kleinere hoeveelheden elektriciteit onder de heffing vallen, en anderzijds de hogere marktinkomsten als gevolg van de batterijen, is onduidelijk, niet nader onderbouwd en contradictoer. Daarnaast is, in tegenstelling tot wat wordt beweerd in de toelichting, tijdens het webinar van 9 december 2022 het eigen gebruik niet ter sprake gekomen, waardoor de wetgever dit onderwerp onderbelicht laat.¹² Daarentegen meldt de wetgever wel dat *“Eventueel eigen verbruik van opgewekte elektriciteit voordat deze op het elektriciteitsnet of een directe lijn wordt ingevoerd, het zogenoemde verbruik ‘achter de meter’, wordt niet meegeteld aangezien hier geen marktinkomsten uit worden verkregen.”*¹³

Ten overvloede wijzen Partijen erop dat deze nadelige positie voor batterijopslag bij wind- en zonne-energie-installaties een versnelling van de energietransitie in de weg staat. Ook draagt deze maatregel niet bij aan oplossing van de congestieproblematiek, waarbij batterijopslag een essentieel onderdeel is. Derhalve stellen Partijen voor dat batterijopslag bij wind- en zonne-installaties niet als onderdeel wordt gezien van de productie-installatie en dat de inkomsten daarvan niet als marktinkomsten worden gekwalificeerd.

7. Premies

De ‘marktinkomsten’ zijn in de Verordening gedefinieerd als gerealiseerde inkomsten die de producent ontvangt in ruil voor de verkoop en levering van elektriciteit.¹⁴ De wetgever definieert dit begrip nader door in het voorgestelde artikel 2, lid 5 en de toelichting te stellen dat de marktinkomsten inclusief verrichtingen zijn ter afdekking van schommelingen op de groothandelsmarkt voor elektriciteit en worden gebaseerd op de *“onderdelen van de boekhouding van de producent die betrekking hebben op verkoop uit productie.”* Tevens meldt het Conceptwetsvoorstel, in het kader van het voorgestelde artikel 8 van de Tijdelijke wet, dat voor de berekening van de totale marktinkomsten rekening wordt gehouden met de inkomsten uit de verkoop van andere aangekochte elektriciteit in geval minder energie wordt geproduceerd dan verwacht, van aangekochte elektriciteit ter afdekking van prijschommelingen, of van elektriciteit van verschillende productie-installaties of energiebronnen.

Wat door de wetgever over het hoofd is gezien, is dat het mogelijk is dat premies betaald worden ten aanzien van de selectie van een leverancier. Onduidelijk is of deze premies worden gekwalificeerd als ‘marktinkomsten’, vanwege de brede definitie van het begrip ‘marktinkomsten’. Deze premies zijn immers geen onderdeel van de reguliere elektriciteitsprijs en worden niet door alle afnemers betaald. Zij staan ook los van de ontwikkelingen op de markt. Daarbij komt dat de wetgever niet verduidelijkt of de in aanmerking te nemen inkomsten volgens de toelichting een limitatieve opsomming van de te includeren inkomsten omvat of niet. Door het ontbreken van bewoordingen als ‘bijvoorbeeld’ lijken de door de wetgever genoemde opsommingen weldegelijk limitatief te zijn. Het Conceptwetsvoorstel dient op dit punt verduidelijkt te worden.

8. Bufferopbouw

Zoals hiervoor al werd vermeld, worden ‘gerealiseerde marktinkomsten’ uit elektriciteitsproductie gebaseerd op de onderdelen van de boekhouding van de producent die betrekking hebben op verkoop uit de productie. Het is voor coöperaties van kleine windenergieproducenten niet ongebruikelijk om bepaalde marktrisico’s op te vangen door middel van, onder andere, een buffer. De vraag is of deze vorm van contractuele compensatie valt onder de brede definitie van ‘marktinkomsten’. Indien dit wel het

¹² [Rijksoverheid.nl 'Webinar uitvoering tijdelijk plafond marktinkomsten elektriciteitsproducenten - 9 december 2022'](https://rijksoverheid.nl/webinar-uitvoering-tijdelijk-plafond-marktinkomsten-9-december-2022)

¹³ Toelichting Conceptwetsvoorstel 'Tijdelijke wet inframarginale elektriciteitsheffing', p. 32-33.

¹⁴ Vergelijk Verordening (EU) 2022/1854 van de Raad van 6 oktober 2022 betreffende een noodinterventie in verband met de hoge energieprijzen, overweging 30.

geval is, verzoeken Partijen om deze contractuele compensatieregelingen alsnog uit te zonderen van het begrip ‘marktinkomsten’.

9. Onduidelijkheid omtrent moment realisatie inkomsten

Het Conceptwetsvoorstel en de toelichting daarop verschaffen geen duidelijkheid omtrent het moment waarop de inkomsten door de heffingplichtige worden gerealiseerd en derhalve over welke inkomsten de belasting wordt geheven. De Noodinterventie-verordening laat de keuze aan de lidstaten om het plafond toe te passen bij de vereffening van de uitwisseling van energie tussen koper en verkoper – oftewel: op het moment van de betaling tussen tegenpartijen voor levering en ontvangst van elektriciteit – of daarna.

De wetgever heeft gekozen voor toepassing van het plafond ná de heffing. Deze keuze is volgens de transponeringstabel geïmplementeerd in het voorgestelde artikel 23, leden 2 en 3. De wetgever merkt in dit kader op dat de productie in een kalendermaand niet exact kan worden vastgesteld, laat staan in het geval van hernieuwbare energiebronnen. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat de producent naast de verkoop van energie ook energie moet aankopen om aan zijn leveringsverplichtingen voldoen. Alle inkomsten uit deze transacties in een bepaalde kalendermaand worden gezien als de totale marktinkomsten. Daarnaast meldt het voorgestelde artikel 7, lid 3 dat de belastbare marktinkomsten ziet op de verkoop van elektriciteit ‘die in de kalendermaand is opgewekt uit de energiebron’.

Door de gebrekkige toelichting op de relevante artikelen blijft ongewis op welk tijdstip de prijs voor de inkomsten moet worden vastgesteld. De toelichting bij het voorgestelde artikel 23 is minimaal en nergens wordt in de toelichting aandacht besteed aan het ijkmoment waarop de prijs wordt vastgesteld, ondanks dat de wetgever in de toelichting rekenschap geeft van de verschillende momenten en rekenmethoden waarop de elektriciteitsprijs kan worden vastgesteld. Teneinde heffingplichtige producenten en andere betrokkenen zekerheid te verschaffen over de te betalen heffing, dient de wetgever nader toe te lichten op welk moment de genoemde partijen de prijs moeten vaststellen. Bijvoorbeeld door het ‘moment na de heffing’ te specificeren of het begrip ‘marktinkomsten’ nader te definiëren met het oog op het bepalen van het moment dat de prijs voor de elektriciteit wordt vastgesteld.

Laatstens is reeds onduidelijk hoe de bepaling van het vaststellen van het moment dat de prijs bepaald is, zich verhoudt tot het begrip ‘gerealiseerde inkomsten’, wat nergens gedefinieerd is en derhalve ruimte laat om, bijvoorbeeld, pas te spreken van ‘gerealiseerde inkomsten’ bij daadwerkelijke voldoening daarvan door de wederpartij.

10. Afhankelijkheid inframarginale heffing van het type contract bij de SDE-projecten

Een ander onduidelijk punt betreft de berekeningswijze van de inframarginale heffing bij SDE-projecten. In het Conceptwetsvoorstel is de mogelijkheid opgenomen om bij de berekening van de heffing voor contracten die gebaseerd zijn op een jaarlijkse gemiddelde jaarprijs uit te gaan van dit gemiddelde. Dit betreft de correctiebedragen voor de SDE die onze Minister jaarlijks per kalenderjaar vaststelt. Bij de SDE is het correctiebedrag, de gemiddelde variabele elektriciteitsprijs over het gehele kalenderjaar waarvoor deze wordt berekend, de bepalende factor voor de vraag of en hoeveel SDE wordt uitgekeerd aan de subsidiegerechtigde.

In de markt sluiten SDE-producenten variabele stroomcontracten af. Het doel daarvan is het zodanig realiseren van marktinkomsten dat het jaargemiddelde van de opbrengsten zo goed mogelijk aansluit bij de gemiddeld op jaarbasis gerealiseerde inkomsten voor de SDE-berekening. Dat sluit voor 100% aan als er een garantie van de afnemer is dat hij garandeert dat het te hanteren jaargemiddelde gelijk is aan dat bij de berekening voor de SDE (situatie 1) of dat het redelijk gelijk zal zijn als het contract de garantie niet bevat (situatie 2).

In het laatste geval wordt er, doordat sprake is van een gemiddelde prijs op de variabele markt, toch min of meer geborgd dat de SDE-systematiek wordt gevolgd (zolang de inframarginale heffing geen ongewenste effecten heeft). Partijen lichten dit nader toe aan de hand van het onderstaande voorbeeld:

- Stel dat de prijs (bij gelijke volumes per periode) voor maand 1 €80 per MWh bedraagt en voor maand 2 €180 per MWh, dan wordt er bij een afrekening op maandbasis in periode 1 niets gegeven, omdat de gemiddelde prijs in deze periode lager is dan €130 per MWh.

In periode 2 is de opbrengst wel onderworpen aan de heffing ($90\% \cdot (180 - 130)$), waardoor er €45 per MWh dient te worden afgedragen. Per saldo wordt aan het eind van deze twee periodes bij een afrekening per maand totaal $(80 + 180) - 45$ €215 gerealiseerd. Dat is gemiddeld €107,50 per MWh.

Indien echter wordt uitgegaan van het gemiddelde over deze twee perioden, dan wordt $((80 + 180) / 2)$ €260 gerealiseerd. Dit komt neer op gemiddeld €130 per MWh per maand, waardoor geen heffing verschuldigd is. Kortom, beide partijen realiseren per saldo exact dezelfde baten, maar wijze waarop de heffing uitpakt is verschillend. Het verschil daardoor in uiteindelijke opbrengst (€130 per MWh versus €107,50 per MWh) bedraagt echter 21%. Dit kan ertoe leiden dat de ondergrens niet wordt gehaald.

Zo gezien pakt de heffing verschillend uit naar gelang het type stroomcontract; hetgeen een ongerechtvaardigd onderscheid oplevert. Een dergelijk discriminerend effect is echter niet aan de orde als het mogelijk wordt om aangifte te doen over het gemiddelde van de totale heffingsperiode, waarbij het gemiddelde op het jaargemiddelde van het kalenderjaar wordt gesteld. Dit vermindert de administratieve druk van de regeling voor producenten ook sterk. Partijen stellen daarom voor om een bepaling op te nemen, waarbij de berekening van de verschuldigde inframarginale heffing onafhankelijk van het afgesloten verkoopcontract en de daarin opgenomen garanties altijd plaats mag vinden op basis van een gemiddelde van het betreffende kalenderjaar.

Als dat voorstel niet wordt gehonoreerd, dan zou de SDE-regeling zo moeten worden aangepast dat er extra SDE-subsidie wordt uitgekeerd indien de inframarginale heffing erin resulteert dat de gemiddelde gerealiseerde marktinkomsten lager uitkomen dan het correctiebedrag.

IV. Conclusie

Partijen concluderen dat de voorgestelde Tijdelijke wet in deze vorm ineffectief is om energiearmoede te bestrijden, contraproductief zal werken en oneerlijk (onevenredig) is voor, met name, kleinschalige lokale windenergieproducenten (al dan niet in verenigd verband, zoals bij Windunie). Daarnaast is het onzeker of de voorgestelde heffing met terugwerkende kracht in overeenstemming is met VWEU, artikel 1 EP EVRM en de Grondwet. Derhalve menen Partijen dat de huidige voorgestelde Tijdelijke wet in algemene zin niet in werking kan treden.

Daarnaast bevat de voorgestelde Tijdelijke wet een aantal bepalingen die niet toegespitst zijn op de productie van windenergie en de daarbij behorende markt. Ook zijn de voorgestelde definities onduidelijk, wat leidt tot veel rechtsonzekerheid. Zonder nadere motivering door de wetgever op de door Partijen aangedragen punten zal de Tijdelijke wet bij inwerkingtreding tot veel onnodige en onevenredige problemen leiden bij een specifieke groep van (kleinschalige) duurzame energieproducten. Partijen zien graag dat de Tijdelijke wet – indien deze toch inwerking treedt – op die punten wordt aangepast conform de suggesties die zij hebben aangedragen.

Partijen sluiten af met de opmerking dat zij het uiteraard terecht vinden dat energiearmoede bestreden wordt. Ook begrijpen zij dat de Nederlandse wetgever gebonden is aan het Europese recht. Partijen bevelen echter aan om de markt haar werk te laten doen en zoveel mogelijk gebruik te maken van bestaande regelingen, zoals bestaande belastinginstrumenten.

Ten slotte wijzen Partijen erop dat de consultatietermijn erg kort was gelet op de ingrijpendheid van de voorgestelde regeling. Derhalve verzoeken zij erop toe te zien dat nadere (informatie-)sessies met stakeholders worden gehouden, waaronder Energie Samen en Windunie.