

No. W18.23.00339/IV

's-Gravenhage, 17 april 2024

Bij Kabinetsmissive van 15 november 2023, no.2023002648, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Klimaat en Energie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels omtrent productie, transport en levering van warmte (Wet collectieve warmte), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voor de Wet collectieve warmte (hierna: het wetsvoorstel) vervangt de huidige Warmtewet. Deze wet sluit volgens de toelichting bij het voorstel niet langer aan bij het toenemende belang van collectieve warmte voor de samenleving en de ambities voor duurzame collectieve warmte. Ook is op enkele andere onderdelen aanscherping en aanvulling nodig, zoals ten aanzien van de consumentenbescherming.

Met het wetsvoorstel wordt beoogd de warmtetransitie in de gebouwde omgeving te bevorderen. Dit moet gebeuren door publieke regievoering, waarbij duurzaamheid, leveringszekerheid en betaalbaarheid worden gewaarborgd. Het voorstel bepaalt daartoe onder meer dat warmtelevering in beginsel door een aangewezen warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang moet plaatsvinden. Daarnaast regelt het de nodige taken en verplichtingen van warmtebedrijven. Verder bevat het wetsvoorstel specifieke regels voor kleine collectieve warmtesystemen, verhuurders, verenigingen van eigenaars en warmtetransportbeheerders en voorziet het in de regulering van de tarieven voor verbruikers.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende gedachte dat de huidige Warmtewet niet meer voldoende aansluit bij het toenemende belang van collectieve warmte voor de samenleving en dat aanvullende wetgeving noodzakelijk is.¹

Klimaatdoelstellingen vergen dat de warmtevoorziening in de gebouwde omgeving wordt verduurzaamd. Het wetsvoorstel beoogt een grootschalige uitrol van nieuwe warmtenetten (hierna ook: collectieve warmtesystemen of collectieve warmtevoorzieningen²). Dat betreft niet alleen nieuwbouw, maar vooral ook de bestaande gebouwde omgeving. Daarmee wordt aan het behalen van die klimaatdoelstellingen een belangrijke impuls gegeven. Tegelijkertijd behelst het een complexe en kostbare opgave. Zo zijn er forse investeringen nodig voor de lange termijn om nieuwe collectieve warmtesystemen aan te leggen. Ook moet er bij burgers, bedrijven en instellingen voldoende draagvlak worden gecreëerd en behouden om mee te (blijven) doen.

¹ Zie voor het belang van een nieuw wettelijk instrumentarium voor collectieve warmtevoorzieningen voor de realisatie van de klimaatdoelstellingen tevens de beschouwing van de Afdeling advisering van de Raad van State van 12 oktober 2023 over de concept-Klimaatnota 2023, nr. W18.23.00227/IV.

² Een collectief warmtesysteem is een systeem waarbij een of meer warmtebronnen door middel van een warmtenet ontsloten worden voor de levering van warmte; een collectieve warmtevoorziening is een collectief warmtesysteem of geheel van collectieve warmtesystemen (voorgesteld artikel 1 van de Wet collectieve warmte).

De Afdeling is zich ervan bewust dat de regering zich geplaast ziet voor dilemma's waarvoor geen gemakkelijke oplossingen bestaan. De in het wetsvoorstel gemaakte keuzes om de beoogde doelstellingen te bereiken, moeten in dat realistische perspectief worden gezien.

De Afdeling begrijpt het uitgangspunt van het wetsvoorstel dat er publieke regie door gemeenten nodig is om de gewenste toename van collectieve warmtevoorzieningen in goede banen te leiden. De nadere regulering van collectieve warmtevoorzieningen en de toekenning van bevoegdheden aan gemeentebesturen om warmtekavels vast te stellen en warmtebedrijven aan te wijzen kan de Afdeling volgen.

De Afdeling plaatst echter kanttekeningen bij de motivering van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang voor aangewezen warmtebedrijven. Zij doet dit allereerst in het licht van de kaders die volgen uit het Unierecht en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Ook is de effectiviteit van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang op een aantal punten onvoldoende gemotiveerd.

Naast publieke regie is, net als onder de huidige Warmtewet, de bescherming van gebonden verbruikers een belangrijke doelstelling van het wetsvoorstel. Met het wetsvoorstel wordt onder meer de tariefregulering gewijzigd door stapsgewijs over te gaan op een systeem van kostengebaseerde tariefregulering. Als gevolg van deze wijziging van de regulering van de tarieven rijst de vraag of de tarieven voor verbruikers ook steeds maatschappelijk aanvaardbaar zullen zijn. Daar gaat de toelichting onvoldoende op in. Ook moet nader worden toegelicht hoe voldoende aandacht wordt besteed aan de belangen van (toekomstige) verbruikers bij de besluitvorming over nieuwe collectieve warmtevoorzieningen en wat de financiële gevolgen voor verbruikers zijn van de nieuwe wijze van tariefregulering.

De Afdeling adviseert bovendien materiële normstelling op wetsniveau op te nemen met betrekking tot de uitstoot van broeikasgassen. Tot slot heeft zij nog een aantal overige opmerkingen bij het wetsvoorstel.

In verband met deze opmerkingen dient het voorstel op onderdelen nader te worden overwogen.

Leeswijzer

Paragraaf 1 gaat allereerst in op de achtergrond, doelstelling en inhoud van het wetsvoorstel. In paragraaf 2 komt de publieke sturing en verdeling van bevoegdheden aan de orde. In dat verband besteedt de Afdeling aandacht aan de verhouding tot het vrij kapitaalverkeer, de vrijheid van vestiging en het eigendomsrecht. In deze paragraaf bespreekt de Afdeling eveneens de effectiviteit van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang.

Paragraaf 3 betreft de consumentenbescherming. In dit kader gaat de Afdeling in op de betaalbaarheid en tariefregulering, waaronder de maatschappelijke aanvaardbaarheid van tarieven, evenals op een aantal aspecten van leveringszekerheid en van het doenvermogen van gebouweigenaren. Paragraaf 4 gaat over de normen voor uitstoot van broeikasgassen en ontheffingen.

In paragraaf 5 gaat de Afdeling in op de procedure voor de aanwijzing van een warmtebedrijf of de ontheffing van het verbod om zonder aanwijzing warmte te leveren. In deze paragraaf wordt geadviseerd over de “eerst-komt-eerst-maakt systematiek”, de noodzaak van gelijke kansen voor geïnteresseerde partijen, met ook aandacht voor de rechtsbescherming. In paragraaf 6 maakt de Afdeling een opmerking over de hoogte van bestuurlijke boetes. Ten slotte behandelt paragraaf 7 de voorgestelde uitzondering op het zogeheten groepsverbod.

1. Achtergrond, doelstelling en inhoud van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel heeft als doelstelling om de warmtetransitie in de gebouwde omgeving te bevorderen met het oog op de doelstelling in het klimaatakkoord om de gebouwde omgeving in 2050 klimaatneutraal te hebben. In het klimaatakkoord is afgesproken dat gemeenten moeten besluiten hoe de warmtevoorziening in de verschillende wijken of gebieden gerealiseerd zal worden, met het oog op het behalen van klimaatneutraliteit in 2050.

In het kader van deze wijkgerichte aanpak voor een duurzame warmtevoorziening moeten gemeenten beschikken over een warmteprogramma, dat als basis moet dienen voor de toekomstige warmtevoorziening binnen de gemeente.³ In dit warmteprogramma wordt onder meer aangegeven hoeveel woningen en gebouwen in de gemeente verduurzaamd worden (in de periode tot 2030 en daarna) en welke alternatieven⁴ voor aardgas potentieel beschikbaar zijn. In dit warmteprogramma wordt ook een inschatting gemaakt in welke wijken of buurten in de gemeente de aanleg van nieuwe warmtenetten kansrijk wordt geacht en in welke gebiedsdelen wordt gekozen voor een ander duurzaam warmtealternatief. Het warmteprogramma geeft geen bindende regels, maar moet de relevante informatie bevatten die als basis kan dienen voor nadere besluitvorming over de warmtevoorziening in de gemeente.⁵

Volgens de toelichting is op dit moment ongeveer 6,4% van de Nederlandse huishoudens aangesloten op een warmtenet. Dit aandeel zou flink moeten stijgen. De eerste stap is de realisatie van 500.000 nieuwe warmteaansluitingen in 2030 in bestaande bouw.⁶ Dat is een ingrijpende operatie, waarbij het van belang is dat er voldoende draagvlak is bij bewoners. Om deze opgave te bewerkstelligen, is volgens de toelichting een ingrijpende herziening van het wettelijk kader nodig. Daarom beoogt het wetsvoorstel de huidige Warmtewet te vervangen, die op 1 januari 2014 in werking trad.

a. *Achtergrond en doelstelling van het wetsvoorstel*

³ Zie het wetsvoorstel Wet gemeentelijke instrumenten warmtetransitie, waarover de Afdeling op 30 november 2022 heeft geadviseerd (nr. W04.22.0128/I). Het warmteprogramma is de opvolger van de Transitievisie Warmte, die gemeenten al hebben opgesteld of waarmee gemeenten nog bezig zijn.

⁴ Zoals het gebruik van warmtenetten, ‘all electric’-oplossingen of toepassing van hybride technieken.

⁵ Uiteindelijk zouden in 2050 zo’n 2,6 miljoen warmteaansluitingen moeten zijn gerealiseerd (Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.2, ‘Samenhang met de wijkgerichte aanpak’).

⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 15.5, ‘Publieke realisatiekracht’.

Het wetsvoorstel heeft volgens de toelichting de volgende doelen:

- a. gemeenten moeten sturingsmogelijkheden krijgen om uitvoering te geven aan hun regierol in de verduurzaming van de gebouwde omgeving;
- b. met het oog op het ontwikkelen van CO₂-vrije collectieve warmte in 2050, zullen bij lagere regelgeving normen voor de uitstoot van broeikasgassen worden gesteld;
- c. consumentenbescherming en leveringszekerheid worden verbeterd en in lijn gebracht met andere regelgeving;
- d. de huidige tariefregulering, die is gebaseerd op de gasreferentieprijs, wordt vervangen door kostengebaseerde tariefregulering.

Met de sturingsmogelijkheden bedoeld onder a moet de gewenste grootschalige uitrol van duurzame collectieve warmtesystemen in de (bestaande) gebouwde omgeving zijn beslag krijgen. De doelen vermeld onder b tot en met d moeten worden begrepen in het licht van de wenselijkheid om publieke belangen te verzekeren.⁷ Dit is vooral van belang vanwege de monopolistische kenmerken van collectieve warmtesystemen, aldus de toelichting.⁸ De toelichting onderkent de spanning tussen de verschillende publieke belangen, maar geeft aan dat getracht is een goede balans hierin aan te brengen.⁹

Een eerdere versie van het voorstel is in 2020 in consultatie gegaan.¹⁰ Daarop zijn veel reacties ingebracht. Mede naar aanleiding daarvan zijn in 2021 vanuit het Rijk zogenoemde warmtedialogen gestart met gemeenten, provincies, warmtebedrijven en infrastructuurbedrijven om te bezien welke opvattingen er zijn ten aanzien van een aantal marktordeningsvragen rond de warmtevoorziening. Zo is op verzoek van gemeenten en provincies onderzocht of het mogelijk zou zijn gemeenten de bevoegdheid te geven om vóóraf een voorkeur aan te geven voor een bepaald type warmtebedrijf (publiek, privaat of een samenwerkingsvorm).

Hierover is advies ingewonnen bij de landsadvocaat. In dat advies is, kort weergegeven, geconcludeerd dat het opnemen van de bevoegdheid voor gemeenten om (nadere) eisen te stellen aan de samenwerkingsvorm en de eigendomssituatie van een warmtebedrijf op gespannen voet staat met het Unierecht. Daarbij werd het van belang geacht dat het uitgangspunt van de eerdere versie van het voorstel was dat de voorgestelde (uniforme) regelgeving toereikend zou zijn om zowel een privaat als publiek warmtebedrijf te kunnen aanwijzen. In die situatie achtte de landsadvocaat het niet goed mogelijk voor gemeenten om, bij de keuze voor publiek eigendom, de noodzakelijkheid daarvan te onderbouwen. In plaats daarvan stelde de landsadvocaat

⁷ Zoals duurzaamheid, leveringszekerheid en betaalbaarheid voor gebonden verbruikers.

⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, 'Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel'; Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.9, 'Consumentenbescherming'.

⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1, 'Aanleiding en doel van het wetsvoorstel'. Daar wordt opgemerkt dat bijvoorbeeld een hoge ambitie voor een betrouwbare warmtevoorziening ten koste kan gaan van de betaalbaarheid, dat het inzetten van duurzame warmtebronnen een risico kan betekenen voor leveringszekerheid en dat te veel nadruk op lage tarieven de aantrekkelijkheid van investeren in robuuste en duurzame warmtesystemen kan doen afnemen.

¹⁰ Zie: Consultatie Wet collectieve warmtevoorziening (internetconsultatie.nl).

een aanwijzing van een (publiek of privaat) warmtebedrijf op basis van rangschikkingscriteria voor.¹¹

In het wetsvoorstel is vervolgens noch voor deze optie gekozen, noch voor het model waarbij het uitgangspunt van de eerdere versie van het voorstel is losgelaten en vooraf een voorkeur kan worden aangegeven.¹² In plaats daarvan is gekozen voor het vereiste van het publieke meerderheidsbelang in een aangewezen warmtebedrijf en een warmtetransportbeheerder.¹³ Over de laatstgenoemde keuze is niet geadviseerd door de landsadvocaat.

b. *Inhoud van het wetsvoorstel*

Het wetsvoorstel voorziet in een aantal belangrijke wijzigingen ten opzichte van de huidige Warmtewet voor collectieve warmtevoorzieningen. Het wetsvoorstel bevat verschillende instrumenten voor de publieke sturing van collectieve warmtevoorzieningen, kleine collectieve warmtesystemen en warmtetransportnetten. Hierna wordt eerst ingegaan op de hoofdlijnen van het voorstel voor wat betreft de collectieve warmtevoorzieningen en het daarvoor aan te wijzen warmtebedrijf.

i. Publieke sturing

Er wordt voorzien in verschillende bevoegdheden en voorschriften, waaronder het vereiste van een publiek meerderheidsbelang in aangewezen warmtebedrijven en warmtetransportbeheerders. Die voorschriften hebben tot doel om de gewenste publieke regie te nemen in de warmtetransitie met het oog op de verduurzaming van de gebouwde omgeving. Het vereiste van een publiek meerderheidsbelang houdt in dat meer dan 50% van de aandelen in het warmtebedrijf direct of indirect berusten bij de Staat, een provincie, een gemeente of een ander openbaar lichaam.¹⁴

De besluitvorming ten aanzien van collectieve warmtevoorzieningen bestaat uit verschillende stappen:

- het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) kan een warmtekavel vaststellen, waarvan de omvang zodanig is dat een warmtebedrijf binnen de warmtekavel een collectieve warmtevoorziening op een doelmatige wijze kan aanleggen en exploiteren en de leveringszekerheid binnen de warmtekavel naar verwachting voldoende kan worden verzekerd;¹⁵
- het college kan vervolgens op aanvraag voor een periode van minimaal 20 en maximaal 30 jaar een warmtebedrijf aanwijzen voor dat warmtekavel.¹⁶ Daarvoor komt slechts een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang in aanmerking;¹⁷

¹¹ Advies van de landsadvocaat van 28 mei 2021, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 30196, nr. 768, p. 13 t/m 16.

¹² Zie hierover nader de memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 19.4, 'Maatschappelijke dialoog marktordening en bestaande initiatieven'.

¹³ Zie nader paragraaf 1.b.i van dit advies.

¹⁴ Voorgesteld artikel 2.2, eerste lid, van de Wet collectieve warmte. Indien sprake is van een warmte joint-venture dienen meer dan 50% van de aandelen in het warmtenetbedrijf te berusten bij een publieke partij en dit bedrijf dient meer dan 50% van de aandelen of doorslaggevende zeggenschap te hebben in de warmte joint-venture.

¹⁵ Voorgesteld artikel 2.1 van de Wet collectieve warmte.

¹⁶ Voorgesteld artikel 2.5 van de Wet collectieve warmte.

¹⁷ Voorgesteld artikel 2.2 van de Wet collectieve warmte.

- als terugvaloptie is voorzien in een ingroeiperiode van zeven jaar, met een mogelijkheid tot verlenging met drie jaar, gedurende welke ook een privaat warmtebedrijf kan worden aangewezen.¹⁸ Hiervoor geldt een aparte aanwijzingsprocedure.¹⁹

ii. Duurzaamheid

Er wordt voorzien in een grondslag om normen voor de uitstoot van broeikasgassen ten gevolge van de levering van warmte te kunnen stellen.

iii. Leveringszekerheid en consumentenbescherming

Het wetsvoorstel regelt de taken die het aangewezen warmtebedrijf moet vervullen.²⁰

Het aangewezen warmtebedrijf heeft de integrale verantwoordelijkheid voor de collectieve warmtevoorziening binnen een warmtekavel. Op het aangewezen warmtebedrijf rusten daarnaast een aantal andere verplichtingen, zoals een meldplicht bij het niet kunnen uitvoeren van een taak en een financiële rapportageplicht.²¹

Verder moet een warmtebedrijf een uitgewerkt kavelplan opstellen, dat instemming behoeft van het college. Op een warmtebedrijf rust ook de verplichting tot het periodiek opstellen van een ter toetsing aan de Autoriteit Consument en Markt (ACM) voor te leggen investeringsplan en tot het jaarlijks indienen van een leveringszekerheidsrapportage bij het college en de ACM.

Als onderdeel van de aanwijzingsprocedure toetst de ACM de organisatorische en technische bekwaamheid van het warmtebedrijf dat voor aanwijzing in aanmerking wil komen. Daarnaast beoordeelt de ACM of het warmtebedrijf voldoende financieel in staat is de wettelijke taken uit te voeren.²²

De consumentenbescherming wordt op een aantal punten aangepast ten opzichte van de huidige Warmtewet.

iv. Transparante en kostengebaseerde tarieven

De tarieven voor verbruikers van warmte worden anders gereguleerd, waarbij de koppeling aan de gasreferentieprijzen verdwijnt en in een aantal stappen wordt overgegaan naar kostengebaseerde tarieven voor warmtelevering.

v. Overige systemen en actoren

Wat betreft kleine collectieve warmtesystemen, verhuurders, verenigingen van eigenaren, warmtetransportnetten en -beheerders is het volgende van belang.

Specifiek voor kleine collectieve warmtesystemen (tot 1500 aansluitingen), verhuurders en verenigingen van eigenaren is voorzien in de mogelijkheid om een ontheffing te verkrijgen van het verbod om zonder aanwijzing van een warmtebedrijf warmte te leveren.²³ Er zijn ook afwijkingen voorzien in de taken (wat betreft verhuurders en

¹⁸ Voorgesteld artikel 2.6 van de Wet collectieve warmte.

¹⁹ Voorgesteld artikel 2.7 van de Wet collectieve warmte.

²⁰ Voorgesteld artikel 2.12 van de Wet collectieve warmte.

²¹ Voorgestelde artikelen 2.13 en volgende van de Wet collectieve warmte.

²² Zie nader de voorgestelde artikelen 2.5 en 2.7 van de Wet collectieve warmte.

²³ Voorgesteld artikel 3.1, eerste lid, en artikel 4.2, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

verenigingen van eigenaren) en verplichtingen ten opzichte van die van een aangewezen warmtebedrijf.²⁴

Het voorstel introduceert ten slotte de mogelijkheid om, wanneer warmtebronnen voor een groter regionaal gebied interessant zijn, deze bronnen via warmtetransportnetten te ontsluiten en naar warmtekavels te brengen. Een warmtetransportnet is bedoeld voor het transport van warmte tussen de warmtebron en de collectieve warmtevoorziening.²⁵ Voor warmtetransportnetten wordt een uitzondering gemaakt op het model van integrale verantwoordelijkheid van warmtebedrijven. De minister van Economische Zaken en Klimaat kan hiervoor een onafhankelijke warmtetransportbeheerder aanwijzen die verantwoordelijk is voor het transport van warmte van grotere of meerdere regionale warmtebronnen naar warmtekavels.²⁶

c. *Overgangsrecht*

Het wetsvoorstel voorziet in overgangsrecht op basis waarvan warmtebedrijven die op basis van de huidige Warmtewet warmte in een gebied leveren (of mogen leveren) het warmtebedrijf gedurende een bepaalde termijn kunnen continueren. Dit overgangsrecht is aan een termijn gebonden van tussen de 14 en 30 jaar, volgens een in het voorstel neergelegde berekeningswijze.²⁷ Tijdens deze overgangstermijn moeten warmtebedrijven voor het desbetreffende gebied – op basis van de regels neergelegd in het wetsvoorstel – een aanwijzing krijgen om hun bestaande activiteiten als warmtebedrijf te kunnen voortzetten zonder verplicht publiek meerderheidsbelang.²⁸

Warmtebedrijven moeten na het vervallen van de aanwijzing door afloop van de overgangstermijn, net als bij de afloop van de periode voor de aanwijzing van nieuwe warmtebedrijven, het eigendom van het warmtenet overdragen aan het daarop volgende aangewezen warmtebedrijf.²⁹

2. Sturing en verdeling van bevoegdheden

Het wetsvoorstel bevat verschillende sturingsinstrumenten voor gemeenten om de warmtetransitie in goede banen te kunnen leiden. De gekozen systematiek van het aanwijzen van een warmtekavel en het vervolgens aanwijzen van één integraal verantwoordelijk warmtebedrijf binnen de warmtekavel, gelet op de technische kenmerken van een warmtenet, is op zichzelf goed beargumenteerd. De keuze voor deze beide bevoegdheden rechtvaardigt het om gemeentebesturen in positie te brengen om te kunnen sturen welk bedrijf binnen een warmtekavel integraal verantwoordelijk wordt voor de warmtelevering.

²⁴ Voorgestelde artikelen 3.7 t/m 3.11 en 4.6 van de Wet collectieve warmte.

²⁵ In de begripsbepalingen (voorgesteld artikel 1.1 van de Wet collectieve warmte) wordt onder een warmtetransportnet verstaan het 'geheel van tot elkaar behorende en met elkaar verbonden leidingen, bijbehorende installaties en overige hulpmiddelen ten behoeve van het voor de regionale warmtevoorziening van belang zijnde transport van warmte van de warmtetransportaansluitingen van warmtebronnen naar: a. de warmtetransportaansluitingen van afnemers van warmte van een warmtetransportnet; b. de warmtetransportaansluitingen van collectieve warmtevoorzieningen'.

²⁶ Voorgesteld artikel 5.1 van de Wet collectieve warmte.

²⁷ Voorgesteld artikel 12.4 van de Wet collectieve warmte.

²⁸ Voorgesteld artikel 12.2 van de Wet collectieve warmte.

²⁹ Voorgesteld artikel 2.44, tweede lid, van de Wet collectieve warmte.

Het voorgaande neemt niet weg dat de Afdeling ook kritische opmerkingen heeft bij de gekozen aanwijzingssystematiek, die zich toespitsen op het vereiste van een publiek meerderheidsbelang. Dit publiek meerderheidsbelang komt bovenop de bevoegdheden die overheden hebben ten aanzien van het aanwijzen van de kavel en het warmtebedrijf.

In de toelichting worden vier redenen genoemd waarom een publiek meerderheidsbelang noodzakelijk is.³⁰ Hiermee wordt in de eerste plaats beoogd de publieke regie op de warmtetransitie te versterken. Volgens de toelichting zorgt dit ervoor dat beter is gewaarborgd dat beslissingen worden genomen in het publieke belang. Ten tweede wordt een publiek meerderheidsbelang wenselijk geacht gezien de hoge mate van samenhang tussen bestuurlijke keuzes in de lokale warmtetransitie en bedrijfseconomische overwegingen van het aangewezen warmtebedrijf. Ten derde past een publiek meerderheidsbelang bij het toenemende vitale karakter van collectieve warmtevoorzieningen. Als laatste overweging voor de keuze voor een publiek meerderheidsbelang noemt de toelichting dat hiermee tegemoet wordt gekomen aan de breed gedragen wens van gemeenten en provincies.

Het vereiste, en de motivering, van een publiek meerderheidsbelang wordt eerst beoordeeld op basis van de Europese regels voor vrij verkeer en het eigendomsrecht. Daarmee is duidelijk hoe dit vereiste zich verhoudt tot de daarvoor relevante juridische kaders. In dit verband zal vooral aandacht worden besteed aan de evenredigheid van de maatregel. Vervolgens wordt een aantal aandachtspunten besproken die zien op afzonderlijke argumenten die in de toelichting zijn vermeld ter onderbouwing van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang, en raken aan de effectiviteit van dit vereiste.

a. *Vrij kapitaalverkeer en vrijheid van vestiging*

Het vereiste van een publiek meerderheidsbelang raakt aan het vrij kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging.³¹ Een dergelijke beperking dient gerechtvaardigd te zijn voor de bescherming van een dwingende reden van algemeen belang en te voldoen aan de voorwaarden van geschiktheid en noodzakelijkheid.³² Ook indien een collectieve warmtevoorziening als dienst van algemeen economisch belang wordt aangemerkt, dient vast te staan dat het voorschrijven van een publiek meerderheidsbelang geschikt

³⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, 'Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel'.

³¹ Zo ook de memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.1.6, 'Aanwijzing van een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang en een publieke warmtetransportbeheerder'. De relevante bepalingen voor het vrij kapitaalverkeer zijn artikel 63 en volgende VWEU. Voor de vrijheid van vestiging is dit artikel 15, tweede lid, onderdeel c, en vierde lid, van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376).

³² HvJEU 22 oktober 2013, gevoegde zaken C-105/12 t/m C-107/12, *Essent e.a.*, ECLI:EU:C:2013:677, punten 50 en 67. In het kader van de Dienstenrichtlijn wordt gewezen op artikel 15, derde en vierde lid.

en noodzakelijk is om de dienst van algemeen economisch belang te kunnen verrichten.³³

Het voorstel wijst voor de rechtvaardiging van het verplichte publieke meerderheidsbelang op de bescherming van de verbruiker, de voorzienings- en leveringszekerheid en de milieubescherming, als door het Unierecht erkende dwingende redenen van algemeen belang.³⁴ In dit verband wordt in de toelichting opgemerkt dat een publieke aandeelhouder in staat is om in het publieke belang te handelen, snel en tijdig in te spelen op mogelijke veranderingen in de markt en dat het publieke aandeelhouderschap ertoe leidt dat langlopende en risicovolle investeringen makkelijker doorgang zullen vinden.³⁵

Hoewel een publiek meerderheidsbelang in een aangewezen warmtebedrijf geschikt kan zijn om deze doelstellingen te realiseren,³⁶ is tevens vereist dat het daartoe noodzakelijk is en niet kan worden volstaan met minder ingrijpende instrumenten. In de toelichting bij het voorstel staat dat zonder een publiek meerderheidsbelang de doelstellingen niet zullen worden behaald, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende zeggenschap is over het beleid van het warmtebedrijf.³⁷ Hierbij ontbreekt een toelichting waarom een publiek meerderheidsbelang, bovenop andere voorgestelde bepalingen die zijn gericht op het behalen van de doelstellingen, noodzakelijk is. Het voorstel voorziet immers in regulering van de wettelijke taken, informatieverplichtingen en vereisten waaraan de warmtelevering moet voldoen en toezichts- en interventiemechanismen.³⁸

Voor zover vast zou komen te staan dat in aanvulling op deze regulering aanvullende instrumenten nodig zijn om de doelstellingen van het voorstel te bereiken, wijst de Afdeling er op dat in de toelichting niet wordt ingegaan op minder belemmerende alternatieven voor het vereiste van een publiek meerderheidsbelang in het aangewezen warmtebedrijf. Hierbij zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan een transparante selectieprocedure op basis van objectieve rangschikkingscriteria, die openstaat voor elk warmtebedrijf – met of zonder publiek (meerderheids)belang – en waarbij ook recht zou kunnen worden gedaan aan de belangen die ten grondslag liggen aan de keuze voor het voorgestelde publieke meerderheidsbelang.³⁹

³³ HvJEU 23 december 2015, zaak C-293/14, *Hiebler*, ECLI:EU:C:2015:843, punt 73; HvJEU 7 november 2018, zaak C-171/17, *Commissie/Hongarije*, ECLI:EU:C:2018:881, punten 62, 85 en 86. Zie voorts HvJEG 22 mei 2003, zaak C-355/00, *Freskot AE*, ECLI:EU:C:2003:298, punt 71.

³⁴ Deze doelstellingen worden erkend als dwingende redenen van algemeen belang in HvJEU 22 oktober 2013, gevoegde zaken C-105/12 t/m C-107/12, *Essent e.a.*, ECLI:EU:C:2013:677, punten 58 en 59; HvJEU 11 september 2014, gevoegde zaken C-204/12 t/m C-208/12, *Essent Belgium*, ECLI:EU:C:2014:2192, punt 90.

³⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.1.6, 'Aanwijzing van een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang en een publieke warmtetransportbeheerder'.

³⁶ Zie wel paragraaf 2.c van dit advies voor enkele aandachtspunten.

³⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.1.6, 'Aanwijzing van een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang en een publieke warmtetransportbeheerder'.

³⁸ Zie voor een meer gedetailleerde bespreking paragraaf 1.b van dit advies.

³⁹ Zie ook de suggestie gedaan in het advies van de landsadvocaat van 28 mei 2021, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 30196, nr. 768, p. 15 en 16, naar aanleiding van de eerdere versie van het voorstel voor de Wet collectieve warmte; zie voorgesteld artikel 2.7, zevende lid, van de

In zo'n regeling zou ervoor kunnen worden gekozen dat slechts wordt overgegaan tot een dergelijke selectieprocedure indien uit een inventarisatie⁴⁰ blijkt dat meer dan één warmtebedrijf voornemens is een aanvraag in te dienen om aangewezen te worden. Tevens kan de optie worden onderzocht om gemeenten de mogelijkheid te bieden om, op basis van de specifieke lokale omstandigheden, een gemotiveerde keuze te maken voor het zelf voorzien in de collectieve warmtevoorziening, of het op basis van een selectieprocedure aanwijzen van een warmtebedrijf. Deze motivering dient betrekking te hebben op het wel of niet noodzakelijk zijn van een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang voor de collectieve warmtevoorziening in de desbetreffende gemeente.⁴¹

Het zojuist beschreven alternatief gaat uit van de premisse dat een publiek meerderheidsbelang niet, of niet in iedere gemeente, randvoorwaardelijk is om de doelstellingen van het voorstel te bereiken. Wat betreft deze premisse, wijst de Afdeling op het volgende. De mogelijkheden voor collectieve warmtevoorzieningen zijn afhankelijk van lokale omstandigheden, zoals de beschikbare warmtebronnen, dichtheid van de gebouwde omgeving in het voorzieningsgebied en de ondergrond.⁴²

Uit de toelichting bij het voorstel blijkt niet op welke wijze deze lokale diversiteit zich verhoudt tot de wettelijk opgelegde eis van een publiek meerderheidsbelang.⁴³ De toelichting lijkt ervan uit te gaan dat de situatie voor heel Nederland zodanig homogeen is dat een publiek meerderheidsbelang steeds noodzakelijk is om een collectieve warmtevoorziening tot stand te kunnen brengen die voldoet aan de in het voorstel neergelegde voorwaarden. Deze veronderstelling wordt echter niet nader toegelicht.

Deze nadere toelichting ligt te meer in de rede aangezien de eerdere versie van het voorstel voor een Wet collectieve warmte nog was gebaseerd op het tegenovergestelde uitgangspunt dat in elke gemeente steeds zowel een warmtebedrijf met, als een warmtebedrijf zonder publiek meerderheidsbelang kon worden aangewezen en dat op die wijze (steeds) de doelstellingen van het voorstel voldoende konden worden gewaarborgd.⁴⁴

De Afdeling adviseert om in het licht van het voorgaande in de toelichting dragend te motiveren waarom het voorschrijven van een publiek meerderheidsbelang noodzakelijk

Wet collectieve warmte voor het scenario waarin meerdere aanvragen zijn ingediend voor de aanwijzing van het warmtebedrijf tijdens de ingroeiperiode.

⁴⁰ Naar analogie van het voorgestelde artikel 2.4 van de Wet collectieve warmte.

⁴¹ De landsadvocaat heeft in het advies van 28 mei 2021 deze optie niet ten algemene maar vanuit de context en het uitgangspunt van de eerdere versie van het voorstel onderzocht.

⁴² Zie ook p. 3 van de eerdere versie van het wetsvoorstel dat medio 2020 in consultatie ging.

⁴³ Uit jurisprudentie van het HvJEU op het terrein van de dienstenactiviteit van verhuur van woonruimte blijkt het belang om vast te stellen of een maatregel noodzakelijk is voor het gehele grondgebied van een lidstaat, of slechts voor bepaalde delen daarvan, zie HvJEU 22 september 2020, gevoegde zaken C-724/18 en C-727/18, *Cali Apartments*, ECLI:EU:C:2020:743. Zie tevens HvJEU 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, *Blanco Pérez en Chao Gómez*, ECLI:EU:C:2010:300, waar de Spaanse regeling betreffende regels voor de vestiging van nieuwe apotheken het, gelet op de specifieke lokale omstandigheden, toestond om af te wijken van de hoofdregel om te voorkomen dat die zijn doel voorbij zou schieten.

⁴⁴ Zie p. 5, 58 en 59 van de eerdere versie van het wetsvoorstel.

is ter bescherming van de verbruiker, en voor de doelstellingen van voorzienings- en leveringszekerheid en van milieubescherming.

b. *Eigendomsrecht*

Het vereiste van een publiek meerderheidsbelang heeft tot gevolg dat een warmtebedrijf zonder publiek meerderheidsbelang aan het einde van de overgangstermijn de eigendom van het warmtenet over moet dragen aan het daarop volgende aangewezen warmtebedrijf.⁴⁵

De toelichting erkent dat in die situatie sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht.⁴⁶ De vraag rijst of deze inmenging moet worden beschouwd als regulering of ontneming van eigendom. Die vraag is van belang voor de beoordeling of de inmenging kan worden gerechtvaardigd. Daartoe is vereist dat de inmenging bij wet is voorzien, een legitiem doel dient, en er ook een redelijk evenwicht ('*fair balance*') is tussen het nagestreefde doel en de belangen van de betrokkenen.

De toelichting laat in het midden of als gevolg van het voorschrijven van een publiek meerderheidsbelang sprake is van regulering of ontneming.⁴⁷ Dit heeft ermee te maken dat er verschillen kunnen bestaan tussen de warmtebedrijven, wat relevant kan zijn voor de beoordeling of in een bepaalde situatie sprake is van regulering of ontneming. De Afdeling onderkent dat de grens tussen ontneming en regulering op basis van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) niet altijd scherp is te trekken.⁴⁸

Het voorgaande neemt niet weg dat het onderscheid relevant is voor de beoordeling van de vraag of is voldaan aan de eisen die worden gesteld aan de rechtvaardiging van de inmenging in het eigendomsrecht. Hoe zwaarder de inmenging, hoe hoger de lat komt te liggen om te motiveren dat de inmenging evenredig is. Bij een zware inmenging, zoals zowel aan de orde is bij ontneming als bij ingrijpende vormen van regulering, moet onderzoek worden verricht naar minder ingrijpende alternatieven.⁴⁹ Weliswaar vermeldt de toelichting dat niet is gekozen voor de meest ingrijpende maatregel, maar zij maakt niet inzichtelijk of minder ingrijpende alternatieven zijn onderzocht.

De toelichting noemt een aantal factoren die van belang zijn voor de toets of het vereiste van een publiek meerderheidsbelang evenredig is (of sprake is van een *fair*

⁴⁵ Zie voorgesteld artikel 2.44, tweede lid, van de Wet collectieve warmte voor de verplichting om over te dragen. Zie voorgesteld artikel 12.4 van de Wet collectieve warmte voor de overgangstermijn.

⁴⁶ Artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM. Zie tevens artikel 17 van het EU-Handvest van de Grondrechten. De toelichting stelt dat, voor zover relevant voor dit voorstel, de inhoud en reikwijdte van artikel 17 van het Handvest hetzelfde is als die van artikel 1 EP EVRM en de toetsing beperkt kan blijven tot laatstgenoemde bepaling; zie memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.2.1, 'Artikel 1 EP EVRM'.

⁴⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.2.1, 'Artikel 1 EP EVRM'.

⁴⁸ T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, "De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht", *JB plus* 2003, p. 6.

⁴⁹ EHRM 20 september 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos t. Rusland*, nr. 14902/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001490204, punten 651-654; EHRM 25 april 2017, *Vaskrsić t. Slovenië*, nr. 31371/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0425JUD003137112, punt 83.

balance). Daarbij wordt alleen stilgestaan bij factoren die een positieve invloed hebben op deze balans.⁵⁰ De toelichting weegt deze factoren evenwel niet af tegen de aard en ernst van de inmenging (waarbij van belang is of wordt uitgegaan van regulering of ontneming).

In aanvulling hierop is nog van belang dat in paragraaf 2.a van dit advies een opmerking is gemaakt over de noodzakelijkheid van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang vanuit het perspectief van het vrij verkeer. Deze opmerking werkt ook door in de toets aan het eigendomsrecht; er zal minder snel sprake zijn van een redelijk evenwicht indien onvoldoende vaststaat dat de voorgestelde maatregel noodzakelijk is.

De Afdeling adviseert om in het licht van het voorgaande in de toelichting in te gaan op minder ingrijpende alternatieven en het bestaan van een redelijk evenwicht nader te motiveren.

c. *Effectiviteit van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang*

De Afdeling merkt op dat de toelichting ook de effectiviteit van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang nog onvoldoende overtuigend motiveert. Dit wordt hieronder nader toegelicht.

i. De bij een vitale voorziening passende eigendomsverhouding
Het vitale belang van collectieve warmtelevering voor de warmtevoorziening in de gebouwde omgeving wordt als een van de vier argumenten gezien voor de keuze voor een publiek meerderheidsbelang binnen een warmtebedrijf. De Afdeling begrijpt de wens van publieke sturing ten aanzien van voorzieningen die als vitaal worden aangemerkt. Wel is het de vraag of het vitale karakter van een voorziening zich zonder meer dient te vertalen in de keuze voor publieke sturing via een publiek meerderheidsbelang. Dat komt bovendien bovenop in dit wetsvoorstel voorziene overige instrumenten van publieke sturing.

De toelichting maakt, wat betreft het vitale karakter, de vergelijking met de sectoren van de drinkwatervoorziening en elektriciteit en gas. In die sectoren is echter – in tegenstelling tot de voorziene situatie voor collectieve warmtevoorziening – sprake van ofwel volledig publiek eigendom van het gehele bedrijf ofwel van eigendom van (slechts) het gedeelte dat betrekking heeft op netbeheer. Daarmee is dus nog niet overtuigend gemotiveerd dat het vitale karakter van de warmtevoorziening zich zou dienen te vertalen in een vereiste van een publiek meerderheidsbelang zoals dat is neergelegd in het wetsvoorstel.

De Afdeling adviseert om bij de vergelijking met andere nutssectoren met een vitaal karakter nader in te gaan op de noodzaak van een publiek meerderheidsbelang.

ii. Samenhang bestuurlijke keuzes en bedrijfseconomische overwegingen
Volgens de toelichting is een publiek meerderheidsbelang wenselijk gezien de hoge mate van samenhang tussen bestuurlijke keuzes in de lokale warmtetransitie en bedrijfseconomische overwegingen van het aangewezen warmtebedrijf. Het

⁵⁰ Zoals de overgangperiode en het bieden van nadeelcompensatie; zie memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.2.3, 'Fair balance'.

aandeelhouderschap zorgt er volgens de toelichting voor dat overheden ‘meedelen in de risico’s en in de voordelen die bij die keuzes horen’.⁵¹

De aanleg van nieuwe collectieve warmtesystemen vergt forse investeringen. Daarbij moet tevens voldoende publieke realisatiekracht worden opgebouwd. Op dit moment zijn de hiervoor vereiste deskundigheid en financieringscapaciteit nog onvoldoende aanwezig bij de meeste publieke partijen die als aandeelhouders in publieke warmtebedrijven kunnen optreden.⁵² In de regel zijn subsidies nodig om dergelijke investeringen rendabel te laten zijn.

In de toelichting wordt ervan uitgegaan dat door het publieke meerderheidsbelang investeringen met een lange looptijd en aanzienlijke risico’s makkelijker doorgang zullen vinden.⁵³ Een warmtebedrijf zal ook altijd een uiteindelijk sluitende business case moeten hebben om tot een rendabele exploitatie van een collectieve warmtevoorziening te kunnen komen. Dit wordt niet anders door een publiek meerderheidsbelang in een aangewezen warmtebedrijf. Deelnemende overheden kunnen zich niet een structureel verliesgevend warmtebedrijf permitteren. Ook publieke aandeelhouders zullen niet in staat of bereid zijn om onbeperkt financieel bij te springen.

Er zijn financiële risico’s verbonden aan de ontwikkeling en exploitatie van een warmtevoorziening die ook een publieke meerderheidsaandeelhouder slechts in beperkte mate kan beheersen. In de toelichting wordt opgemerkt dat naarmate het aantal gebouweigenaren dat niet wenst te worden aangesloten toeneemt, het voor de overige gebouweigenaren steeds minder aantrekkelijk zal worden om aangesloten te worden op de collectieve warmtevoorziening. De kosten zullen dan immers over een kleiner aantal partijen worden verdeeld.⁵⁴

De toelichting raakt hier aan een precair punt. Een collectieve warmtevoorziening moet voldoende aansluitingen hebben om te voorkomen dat de warmtetarieven per gebouweigenaar maatschappelijk onaanvaardbaar hoog uitvallen,⁵⁵ of dat hieruit een financieel risico ontstaat voor de (voortdurende) exploitatie van de collectieve warmtevoorziening. Tegelijkertijd beoogt het wetsvoorstel ook keuzevrijheid te bieden aan een gebouweigenaar om wel of niet aangesloten te willen worden op een collectieve warmtevoorziening. Hiertussen zit inherente spanning.

In de eerste plaats bestaat het risico dat gebouweigenaren, gegeven hun keuzevrijheid, terughoudend zullen zijn om te kiezen voor een aansluiting op een nieuw aan te leggen collectieve warmtevoorziening, zolang zij onzekerheden ervaren. Die

⁵¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, ‘Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel’.

⁵² Rapport *Effecten van publiek eigendomsverplichting op de realisatiekracht voor collectieve warmtesystemen* (Rapport PwC van 5 augustus 2022), bijlage bij Kamerstukken II 2022/23, 30196, nr. 800, p. 26.

⁵³ Zie onder meer memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, ‘Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel’.

⁵⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.8, ‘Aansluiten op of afsluiten van een collectieve warmtevoorziening’.

⁵⁵ Zie ook hierna paragraaf 3 van dit advies.

onzekerheden kunnen bijvoorbeeld de aansluitmogelijkheden, de kosten daarvan,⁵⁶ tariefontwikkelingen, of het garanderen van leveringszekerheid betreffen. Het gevolg daarvan kan zijn dat het aangewezen warmtebedrijf geconfronteerd wordt met (te) grote onzekerheden over het te behalen rendement. Dat kan de investeringsbereidheid onder druk zetten en heeft mogelijk als consequentie dat de collectieve warmtevoorziening in het geheel niet tot stand komt.

In de tweede plaats bestaat het risico dat, wanneer wel eenmaal is besloten tot de aanleg van een nieuwe collectieve warmtevoorziening, het aantal aansluitingen in de loop van de rit een stuk lager blijkt te liggen dan waarvan van tevoren was uitgegaan. Dit kan (grote) nadelige financiële gevolgen voor de publieke aandeelhouder hebben. Die gevolgen moeten ofwel door die aandeelhouder worden gedragen of leiden ertoe dat de verbruikers die zijn aangesloten op de collectieve warmtevoorziening kunnen worden geconfronteerd met hogere tarieven. Duidelijk is dat dit het draagvlak voor collectieve warmte bij bewoners zal aantasten.

Voor zover in een omgevingsplan regels zijn gesteld die in een bepaald gebied het gebruik van gas (op termijn) uitsluiten als warmtevoorziening en verwarming door een collectieve warmtevoorziening is aangewezen, dient een gebouweigenaar binnen een bepaalde termijn aan te geven het aanbod voor collectieve warmte niet te aanvaarden (de opt-outregeling).⁵⁷ Gebouweigenaren kunnen dat aanbod daarna nog (expliciet) weigeren of drie jaar na aanvang van de warmtelevering de overeenkomst beëindigen.⁵⁸ Hiermee wordt tegemoetgekomen aan de keuzevrijheid van gebouweigenaren, maar blijven de bovengenoemde risico's voor het warmtebedrijf aanwezig.

In aansluiting op het voorgaande wijst de Afdeling erop dat bij eventuele bestuurlijke keuzes van publieke aandeelhouders om aanzienlijk financieel bij te dragen en/of tegenvallende resultaten op te vangen, rekening moet worden gehouden met de staatssteunregels en het beginsel van marktconformiteit. De overheid dient zich als aandeelhouder van en investeerder in een onderneming in beginsel te gedragen zoals een private partij in vergelijkbare economische omstandigheden zou doen. Niet-marktconforme selectieve begunstiging met staatsmiddelen levert potentieel een aanmeldingsplichtige steunmaatregel op.⁵⁹

De Afdeling wijst er daarbij op dat een dergelijke begunstiging zich op verschillende manieren en momenten kan voordoen, bijvoorbeeld bij het nemen of uitbreiden van het aandelenbelang of het bijstorten van kapitaal. Het kan ook gaan om maatregelen die de lasten verlichten die normaliter door de onderneming moeten worden gedragen en daardoor van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben als positieve prestaties, zoals het kwijtschelden van een schuld.⁶⁰ Bestuurlijke keuzes kunnen dus onder omstandigheden een begunstiging opleveren die, als alternatief voor een rechtstreekse

⁵⁶ Zie ook paragraaf 3.b van dit advies.

⁵⁷ Zie voorgesteld artikel 2.25 van de Wet collectieve warmte.

⁵⁸ Voorgesteld artikel 2.25, tweede en derde lid, en artikel 2.27, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

⁵⁹ Artikel 107, eerste lid, juncto artikel 108, derde lid, VWEU.

⁶⁰ HvJEG 23 maart 2006, zaak C-237/04, *Enirisorse*, ECLI:EU:C:2006:197, punt 42.

subsidie aan de collectieve warmtevoorziening, evenzeer moet passen binnen de staatssteunkaders en eventueel goedkeuring van de Europese Commissie behoeft.

De Afdeling adviseert om in de toelichting nader in te gaan op de hiervoor besproken risico's betreffende de publieke realisatiekracht, de vereiste investeringen en overige financiële risico's, en de vraag of een publiek meerderheidsbelang deze risico's beter beheersbaar maakt.

iii. Publiek aandeelhouderschap

In de toelichting wordt opgemerkt dat de meerwaarde van een publieke aandeelhouder is dat deze kan handelen in het publieke belang. De Afdeling merkt op dat dit laatste een breed begrip is, waaraan in de toelichting geen nadere invulling wordt gegeven. Een publieke partij behartigt als aandeelhouder verschillende belangen, waartussen spanning kan zitten.⁶¹

Over de te maken keuzes en afwegingen zal het college ook verantwoording moeten afleggen aan de gemeenteraad. Voor sommige gemeenten kan het legitieme publieke belang een rol spelen dat door dividendinkomsten de gemeentelijke begroting sluitend kan worden gekregen. Dit kan echter conflicteren met andere (ook onderling niet parallelle) belangen, zoals het belang om tijdig investeringen te doen in uitbreiding of onderhoud van collectieve warmtesystemen, het belang om tijdig te verduurzamen of het belang van de gebruiker bij betaalbare levering van warmte.⁶² Het publieke belang op de korte termijn kan bovendien anders uitpakken dan dat op de middellange of lange termijn. Zo kan het belang van de betaalbaarheid voor de gebruikers op gespannen voet staan met het belang van financiële zekerheid bij het doen van investeringen.

Voorts kunnen belangen van de ene publieke aandeelhouder verschillen ten opzichte van die van een andere publieke mede-aandeelhouder. Gemeentelijke aandeelhoudersbelangen hoeven niet altijd dezelfde te zijn als die van de belangen van andere publieke aandeelhouders, zoals die van een naastgelegen gemeente of het Rijk.⁶³

Publieke aandeelhoudersbelangen beslaan dus een divers palet aan belangen. Dat maakt dat een publieke aandeelhouder steeds keuzes moet maken, terwijl bij meerdere publieke aandeelhouders in hetzelfde warmtebedrijf afstemming nodig zal zijn met de andere publieke partij(en). Niet is uit te sluiten dat er daardoor tussen of zelfs binnen gemeenten (grote) verschillen te zien zullen zijn bij de invulling van het publieke aandeelhouderschap. Dergelijke verschillen, bijvoorbeeld wat betreft de

⁶¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1, 'Aanleiding en doel van het wetsvoorstel'.

⁶² Kamerstukken I 2023/24, 28165, AG.

⁶³ Blijkens de toelichting wil de minister van Economische Zaken en Klimaat onderzoek laten uitvoeren naar een nationale deelneming die naast de decentrale overheden publiek aandeelhouder kan zijn in regionale en provinciale warmtebedrijven, die kan helpen bij het realisatievermogen van gemeenten, om warmtenetten versneld in publieke handen te krijgen. Energie Beheer Nederland is een zelfstandige onderneming met de Nederlandse Staat als enige aandeelhouder.

prijzen, zouden het draagvlak voor collectieve warmte bij de verbruikers kunnen ondergraven.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op wat de diversiteit aan belangen van publieke aandeelhouders betekent voor het behalen van de verschillende doelstellingen van het wetsvoorstel.

3. Consumentenbescherming

a. *Betaalbaarheid en tariefregulering*

De tarieven die verbruikers van warmte betalen zijn wettelijk gereguleerd. Reden hiervoor is de monopoliepositie van een aangewezen warmtebedrijf. Verbruikers kunnen immers niet wisselen van warmteleverancier. De ACM heeft daarom bevoegdheden om toezicht te houden op de tarieven van warmtelevering aan verbruikers en om maximumtarieven vast te stellen. Onder de huidige Warmtewet zijn de tarieven voor verbruikers van warmte gebaseerd op het zogeheten 'niet meer dan anders'-principe (NMDA), dat inhoudt dat warmtetarieven zijn gekoppeld aan een aardgasreferentieprijs. Met het wetsvoorstel wordt beoogd stapsgewijs in drie fasen over te gaan naar een andere methode van tariefregulering, namelijk een kostengebaseerde tariefregulering met efficiëntieprikkel.⁶⁴ Daarmee wordt beoogd inefficiënte kosten en overrendementen te voorkomen.

Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel biedt de kostengebaseerde tariefregulering verbruikers de zekerheid dat zij niet meer betalen dan de redelijkerwijs gemaakte kosten voor warmtelevering. Dit draagt volgens de toelichting, tezamen met een verbetering van de transparantie van de tarieven, bij aan een betere bescherming van gebonden verbruikers van warmte. Er wordt niet gekozen voor een maximumprijs in de vorm van een bepaalde bovengrens, zoals dat nu feitelijk het geval is op grond van het NMDA-principe. Wel volgt er een maximumtarief uit de berekening van de tarieven per warmtebedrijf aan de hand van een tariefformule (voor fase 2) of een tariefvoorstel (voor fase 3).

De Afdeling maakt in dit verband drie opmerkingen: over de maatschappelijke aanvaardbaarheid van tarieven, het afwegen van de kosten bij de besluitvorming over nieuwe collectieve warmtesystemen en over de financiële consequenties voor verbruikers die zijn aangesloten op bestaande collectieve warmtesystemen.

i. *Maatschappelijke aanvaardbaarheid van tarieven*

De Afdeling onderkent dat de huidige tariefreguleringsmethode volgens het NMDA-principe niet langer volstaat in het licht van de energietransitie.⁶⁵ Ook is het voor de investeringsbereidheid van warmtebedrijven van belang dat zij de doelmatige kosten die zij maken bij het aanleggen of uitbreiden van collectieve warmtesystemen kunnen terugverdienen. De ondoorzichtigheid van de opbouw van de huidige tarieven wordt bovendien als groot probleem gezien. De keuze voor kostengebaseerde tariefregulering is daarom op zichzelf begrijpelijk.

⁶⁴ Voorgestelde artikelen 7.2 tot en met 7.7 van de Wet collectieve warmte.

⁶⁵ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, 22 maart 2017, nr. W.15.17.0005/IV (Kamerstukken II 2016/17, 34723, nr. 4).

Niet te veel betalen, is echter niet hetzelfde als betaalbare tarieven voor verbruikers, in die zin dat deze maatschappelijk aanvaardbaar zijn. Als de redelijkerwijs gemaakte efficiënte kosten immers hoog zijn, werkt dat door in de tarieven. Het gevolg van deze keuze is dat het risico op kostenstijgingen voor zover dat niet kan worden beheerst door tariefregulering⁶⁶ wordt gedragen door de gebonden verbruikers. Er wordt bijvoorbeeld niet gekozen voor een bepaalde absolute bovengrens aan het tarief of voor de mogelijkheid om kosten te verevenen over een grotere groep verbruikers dan die binnen een warmtekavel.

Om te kunnen beoordelen in hoeverre dit tot maatschappelijk aanvaardbare uitkomsten leidt, moeten de mogelijke risico's en maatregelen ter beheersing van deze risico's⁶⁷ in onderlinge samenhang worden gezien. Een samenhangende beschouwing is ook nodig omdat er in de praktijk naar verwachting grote verschillen tussen de leveringstarieven voor verbruikers zullen zijn. De Afdeling mist deze samenhangende beschouwing in de toelichting. Daardoor niet duidelijk is welke mate van differentiatie in tarieven als maatschappelijk aanvaardbaar wordt beschouwd.

Daarbij wijst de Afdeling nog op het volgende. Bij de grootschalige uitrol van duurzame collectieve warmtesystemen komen verschillende onzekerheden en risico's samen die kunnen zorgen voor hoge kosten. Ter illustratie wijst de Afdeling er allereerst op dat de noodzakelijk geachte aanleg of uitbreiding van collectieve warmtesystemen in bestaande bouw doorgaans nog gecompliceerder en kapitaalintensiever is dan de aanleg of uitbreiding van collectieve warmtesystemen in nieuwbouw, wat ook al hoge investeringen vergt. Ook zijn er onzekerheden aan de vraagkant, zoals het vollooprisko.⁶⁸

Indien het aantal aansluitingen binnen de warmtekavel lager uitvalt dan verwacht, moeten dezelfde kosten over een kleinere groep gebouwigenaren worden uitgesmeerd. Dit leidt tot hogere tarieven per gebouwigenaar. Het aantal aansluitingen kan lager uitvallen dan verwacht doordat gebouwigenaren voor een alternatieve warmtevoorziening kiezen of doordat gebouwigenaren zich na aangesloten te zijn geweest weer laten afsluiten van het warmtenet. Verder is de verwachting gerechtvaardigd dat duurzame warmtebronnen hogere kosten met zich zullen brengen dan fossiele warmtebronnen.⁶⁹ Daarbij zijn de huidige tarieven nu al niet altijd kostendekkend. Zo komt uit de rendementsmonitor van de ACM naar voren dat in de laatste jaren een substantieel aantal warmteleveranciers negatieve rendementen heeft behaald. Bovendien blijkt daaruit dat met name nieuwe collectieve

⁶⁶ In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat met behulp van het instrument benchmarking excessief hoge tarieven kunnen worden voorkomen (memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 19.7, 'Uitvoerings- en handhavingstoets ACM'). Dat gaat er echter aan voorbij dat excessief hoge tarieven ook als gevolg van redelijke of efficiënte kosten kunnen optreden.

⁶⁷ Zoals de bevoegdheid van de ACM om regulatorische accountingregels vast te stellen en verbetering van de transparantie van de tariefopbouw.

⁶⁸ Het vollooprisko is het risico dat de vraag naar warmte achterblijft op de afzet die wordt verwacht ten tijde van het investeringsbesluit.

⁶⁹ Ecorys & SEO, 'Regulering van de Nederlandse warmtevoorziening', 2020.

warmtesystemen vaak nog niet rendabel zijn vanwege de hoge aanloopkosten en een nog beperkt aantal aansluitingen.⁷⁰

Met de instrumenten en maatregelen in het wetsvoorstel kunnen deze onzekerheden en risico's maar ten dele worden beheerst, terwijl deze gevolgen kunnen hebben voor de tarieven voor verbruikers en de maatschappelijke aanvaardbaarheid daarvan. De verwachting is daarom dat aanvullende publieke middelen noodzakelijk zijn. Zo wordt in de toelichting onder de noemer van flankerend beleid aangegeven dat duidelijk is 'dat de komende jaren aanvullende financiële instrumenten nodig zijn om de financierbaarheid en de betaalbaarheid te borgen.'⁷¹ De toelichting maakt echter niet duidelijk in welke mate aanvullende publieke middelen noodzakelijk zullen zijn om de betaalbaarheid van de tarieven te waarborgen.

De Afdeling adviseert gelet op het voorgaande de toelichting zo aan te vullen dat op basis van een samenhangende beschouwing van risico's en maatregelen wordt beoordeeld of het voorstel voldoende bijdraagt aan maatschappelijk aanvaardbare tarieven. Zij adviseert daarbij ook in te gaan op de mate van tariefdifferentiatie tussen verbruikers die aanvaardbaar wordt geacht. Daarbij dient de verwachte publieke investeringsopgave te worden betrokken.

⁷⁰ Collectieve warmtesystemen worden rendabeler naarmate ze ouder worden, zo blijkt uit de [Rendementsmonitoring warmteleveranciers 2021-2022 | ACM.nl](#).

⁷¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 15.4, 'Financiële instrumenten'.

ii. Nieuwe collectieve warmtevoorzieningen

Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel worden de tarieven vastgesteld per warmtekavel. Reden hiervoor is het uitgangspunt dat het warmtebedrijf zijn kosten op de warmtekavel terugverdiend. Op die manier moet het voor gemeenten inzichtelijk worden of een collectieve warmtevoorziening het alternatief met de laagste maatschappelijke kosten is⁷², wat bijdraagt aan lokaal efficiënte keuzes.⁷³

In de toelichting wordt aangegeven dat, hoewel de omvang van de totale maatschappelijke kosten het uitgangspunt vormt voor de besluitvorming over alternatieven voor aardgas, gemeenten met het oog op draagvlak ook de kosten (dat wil zeggen: de tarieven) voor verbruikers zullen laten meewegen in hun keuze. Daarvoor is inzicht in de kosten essentieel, aldus de toelichting.⁷⁴ In dat kader dient het aangewezen warmtebedrijf in het uitgewerkt kavelplan onder meer een indicatie van de kosten van de aanleg, ontwikkeling en exploitatie en een indicatie van de tarieven in verband met de levering van warmte aan verbruikers op te nemen.⁷⁵ In het globaal kavelplan, op basis waarvan het warmtebedrijf wordt aangewezen, dient hiervan een beschrijving op hoofdlijnen te worden gegeven.⁷⁶

De Afdeling onderschrijft dat tijdig en zo volledig mogelijk inzicht in de kosten en de daarmee samenhangende indicatie van de tarieven van wezenlijk belang is voor de besluitvorming over collectieve warmtevoorzieningen, aangezien de kosten in overwegende mate bij de aanleg worden bepaald.⁷⁷ Dit geldt te meer nu de uiteindelijke kosten doorwerken in de tarieven voor de gebonden verbruikers. Met het oog op het kunnen geven van een realistische indicatie van betaalbare tarieven is het onder meer noodzakelijk dat alle risico's en kosten op voorhand duidelijk in beeld worden gebracht. Daaronder vallen het eerder genoemde volloopriscio, de kosten van (toekomstige) verduurzaming van warmtebronnen, maar ook andere financiële randvoorwaarden zoals de beschikbaarheid van diverse noodzakelijke subsidies en garanties. Dat is essentieel voor het college om goede afwegingen te kunnen maken in het belang van de (toekomstige) verbruikers.

Het is tegelijkertijd echter geen eenvoudige opgave om de juiste informatie op het juiste moment beschikbaar te hebben. De toelichting is op dit punt onvoldoende inzichtelijk, zodat onduidelijk blijft hoe het college deze informatie in het belang van (toekomstige) verbruikers moet betrekken bij het vaststellen van een warmtekavel, het aanwijzen van een warmtebedrijf en het instemmen met een uitgewerkt kavelplan.

De Afdeling adviseert in de toelichting meer inzicht te geven in hoe tijdig en zo volledig mogelijk inzicht in de kosten en tarieven in alle fasen van het besluitvormingsproces verzekerd wordt, en nader toe te lichten hoe het college deze informatie in het belang van de (toekomstige) verbruikers moet betrekken bij het vaststellen van een

⁷² Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 19.1, 'Consultatie'.

⁷³ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2.i, 'Transparante en kostengebaseerde tarieven'.

⁷⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.3, 'Uitgewerkt kavelplan'.

⁷⁵ Voorgesteld artikel 2.15, tweede lid, onderdelen h en i, van de Wet collectieve warmte.

⁷⁶ Voorgesteld artikel 2.5, vijfde lid, onderdeel b, van de Wet collectieve warmte.

⁷⁷ Vergelijk ook SiRM, 'Tariefregulering warmtebedrijven voor kleinverbruikers, Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat', 30 januari 2019.

warmtekavel, het aanwijzen van een warmtebedrijf en het instemmen met een uitgewerkt kavelplan, en de toelichting aldus aan te vullen.

iii. Financiële gevolgen voor verbruikers van tarieven bij bestaande collectieve warmtesystemen

Als gevolg van de overgang naar kostengebaseerde tariefregulering en het vaststellen van de tarieven per warmtekavel⁷⁸ zullen de tarieven voor warmtelevering door bestaande collectieve warmtesystemen naar verwachting sterk van elkaar verschillen en in voorkomende gevallen ook stijgen. Zo zit er tussen de kosten van sommige collectieve warmtesystemen met een Warmte Koude Opslag (WKO) als warmtebron een verschil van factor vijf.⁷⁹

Daar komt bij dat verduurzaming van warmtebronnen met name voor sommige bestaande collectieve warmtesystemen tot hoge kosten kan leiden (zie ook paragraaf 4.b van dit advies). In de toelichting wordt onderkend dat bij bestaande collectieve warmtesystemen excessief hoge tarieven inderdaad kunnen voorkomen.⁸⁰ De toelichting geeft echter geen inzicht in de financiële gevolgen van het wetsvoorstel op dit punt en gaat evenmin in op de vraag of er mogelijkheden zijn om (te) grote verschillen in tarieven te dempen.

Met het oog op het publieke belang van de betaalbaarheid van de tarieven en het draagvlak voor collectieve warmte is het noodzakelijk dat de toelichting inzicht geeft in de financiële gevolgen van de voorgestelde wijzigingen van de tariefregulering voor gebonden verbruikers van bestaande collectieve warmtesystemen. Daarom adviseert de Afdeling de toelichting op dit punt aan te vullen. Zij adviseert daarbij ook in te gaan op de mogelijkheden om (te) grote verschillen in tarieven te dempen.

b. *Aansluiting op een collectieve warmtevoorziening*

Volgens het wetsvoorstel moet het aangewezen warmtebedrijf bij een aanbod aan een gebouweigenaar om te worden aangesloten op een collectieve warmtevoorziening op duidelijke en begrijpelijke wijze informatie verstrekken. Het gaat dan onder meer om een omschrijving van de te leveren goederen en diensten door het warmtebedrijf,⁸¹ de technische eisen waaraan de binneninstallatie en de warmtebehoefte van het gebouw moeten voldoen en de te verwachten datum waarop de levering zal aanvangen.⁸²

Indien het gebouw of de binneninstallatie niet voldoet aan de gestelde eisen dan bestaat de mogelijkheid dat de verblijfsruimten met de door het warmtebedrijf geleverde warmte niet altijd tot 20 graden verwarmd kunnen worden. Volgens de toelichting is dit niet de verantwoordelijkheid van het warmtebedrijf, maar is de gebouweigenaar verantwoordelijk voor het voldoen aan deze eisen. Daarom is het

⁷⁸ Als gevolg waarvan mogelijkheden van verevening van kosten voor sommige warmtebedrijven zullen afnemen.

⁷⁹ TNO, *Toezicht op kostengebaseerde tarieven, Review Gegevens Rendementsmonitor*, (8 augustus 2023), p. 29, via [Review Gegevens Rendementsmonitor \(acm.nl\)](https://www.acm.nl/review-gegevens-rendementsmonitor).

⁸⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 19.7, 'Uitvoerings- en handhavingstoets ACM'.

⁸¹ Betrekking hebbend op de minimum- en maximumtemperatuur, de soort van de te leveren warmte en de tarieven.

⁸² Voorgesteld artikel 2.24 van de Wet collectieve warmte.

volgens de toelichting van belang dat het warmtebedrijf duidelijke informatie verstrekt over wat het warmtebedrijf aanbiedt en wat de gebouweigenaar zelf moet regelen.⁸³

Een gebouweigenaar is dus zelf verantwoordelijk voor een voldoende geïsoleerde woning volgens de eisen die het warmtebedrijf stelt.⁸⁴ Als voldoende isolatie ontbreekt, kan dat ertoe leiden dat de geleverde warmte een verblijfsruimte onvoldoende kan verwarmen, met als gevolg dat de gebruiker in de kou komt te zitten.

In de toelichting wordt daarmee weliswaar ingegaan op de onderscheiden verantwoordelijkheden van het warmtebedrijf en de gebouweigenaar, maar of eigenaren van slecht geïsoleerde woningen hun eigen verantwoordelijkheid in de praktijk ook altijd zelf kunnen waarmaken (het 'doenvermogen') krijgt hierin te weinig aandacht.⁸⁵ Niet uit te sluiten is dat er ingrijpende in pandige aanpassingen nodig kunnen zijn aan een woning, zoals ingrijpende werkzaamheden aan de binneninstallatie of het verbeteren of aanbrengen van isolerende maatregelen.

Dit doet in het bijzonder de vraag rijzen hoe eigenaren hierin kunnen worden ondersteund. Dit geldt vooral, maar niet uitsluitend, voor de financiële ondersteuning.⁸⁶ In dat verband dringt zich ook de vraag op of in de toelichting voldoende rekening is gehouden met verschillen tussen gebouweigenaren. Een particuliere eigenaar-bewoner die tegen problemen aanloopt rond de isolatie van de eigen woning zal bijvoorbeeld doorgaans meer behoefte hebben aan ondersteuning dan een (professionele) verhuurder van woningen.

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken hoe woningeigenaren kunnen worden ondersteund om woningen voldoende geïsoleerd te krijgen en te beschikken over een toereikende binneninstallatie.

c. *Leveringszekerheid en noodvoorzieningen*

Volgens de toelichting is het bij de levering van warmte noodzakelijk dat de continue beschikbaarheid daarvan wordt gewaarborgd.⁸⁷ Een aangewezen warmtebedrijf heeft onder meer tot taak op een doelmatige wijze de continuïteit van de levering van warmte zeker te stellen.⁸⁸ Daartoe moet het warmtebedrijf aan een aantal verplichtingen voldoen, zoals het opstellen van een investeringsplan en het indienen van een leveringszekerheidsrapportage.⁸⁹

Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in verschillende maatregelen om bij (dreigende) leveringszekerheidsproblemen te kunnen interveniëren. De ACM kan onder meer een

⁸³ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.8, 'Aansluiten op of afsluiten van een collectieve warmtevoorziening'.

⁸⁴ "Gebouweigenaar" wordt in het voorgestelde artikel 1.1 van de Wet collectieve warmte gedefinieerd als: a. eigenaar van een gebouw; b. de eigenaren verenigd in een vereniging van eigenaars of een daarmee vergelijkbare rechtsvorm in het geval van gedeeld eigendom van een gebouw.

⁸⁵ Zie in dat verband ook de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets (hierna: UHT-toets) van de ACM over het wetsvoorstel van 13 juli 2023, p. 5.

⁸⁶ Welke subsidiemogelijkheden zijn er?

⁸⁷ Voorgesteld artikel 2.17 van de Wet collectieve warmte.

⁸⁸ Voorgesteld artikel 2.12, eerste lid, onder e, van de Wet collectieve warmte.

⁸⁹ Voorgestelde artikelen 2.16 en 2.17 van de Wet collectieve warmte.

ander dan het warmtebedrijf opdragen maatregelen te treffen om de levering van warmte zeker te stellen, zoals de aanwijzing van een noodwarmtebedrijf.⁹⁰ Ook bevat het wetsvoorstel een regeling voor de intrekking van de aanwijzing voor een aangewezen warmtebedrijf dat niet langer in staat is de leveringszekerheid te waarborgen.⁹¹

De Afdeling merkt op dat in het wetsvoorstel veel waarde wordt gehecht aan de leveringszekerheid. Gelet daarop is het van belang dat de betrokken overheidsinstanties over adequate bevoegdheden beschikken om tijdig in te kunnen grijpen bij dreigende problemen rond de levering van warmte. De in het wetsvoorstel beschreven overheidsbevoegdheden om te kunnen interveniëren zijn in dat licht bezien alle noodzakelijk. De Afdeling heeft daarbij nog een tweetal aanvullende opmerkingen.

Gelet op het belang om de leveringszekerheid te waarborgen en om adequaat in te kunnen grijpen bij noodsituaties, rijst bij de Afdeling de vraag of er in het door het aangewezen warmtebedrijf op te stellen uitgewerkt kavelplan niet ook uitdrukkelijk aandacht zou moeten zijn voor hoe moet worden gehandeld in noodsituaties, in aanvulling op of ter nadere invulling van het vereiste dat het uitgewerkt kavelplan een beschrijving moet bevatten van de wijze waarop de leveringszekerheid zal worden verzekerd.⁹²

Ten aanzien van de mogelijkheid om een noodwarmtebedrijf aan te wijzen⁹³ kunnen volgens de toelichting de karakteristieken en situaties bij collectieve warmtesystemen dermate verschillend zijn dat het niet mogelijk is om voor de borging van de leveringszekerheid bij voorbaat één geschikte partij te benoemen.⁹⁴ De Afdeling vindt nu niet overtuigend gemotiveerd waarom het niet mogelijk zou zijn om gemeenten en de ACM van tevoren meer duidelijkheid te bieden over een of meer noodwarmtebedrijven waarop kan worden teruggevallen in geval van een noodsituatie. Duidelijkheid vooraf zou juist belangrijke toegevoegde waarde bieden voor noodsituaties, waarin tijdverlies bij het zoeken naar een noodwarmtebedrijf erg vervelend kan uitpakken voor de verbruikers die afhankelijk zijn van de levering van warmte van een in problemen gekomen warmtebedrijf.

De Afdeling adviseert het voorstel op voormelde punten aan te passen.

4. Normen voor uitstoot van broeikasgassen en ontheffingen

Het vaststellen van normen voor de uitstoot van broeikasgassen en de mogelijkheid om een ontheffing te verkrijgen van deze normen raakt aan zowel de duurzaamheidsopgave als de tarieven. Het is belangrijk dat het wetsvoorstel op hoofdlijnen aangeeft welke keuzes hierover worden gemaakt.

⁹⁰ Voorgesteld artikel 9.5 van de Wet collectieve warmte.

⁹¹ Voorgesteld artikel 2.9 van de Wet collectieve warmte.

⁹² Voorgesteld artikel 2.15, tweede lid, onder a, van de Wet collectieve warmte.

⁹³ De ACM heeft in het kader van de UHT-toets aangegeven dat er van tevoren een keuze zou moeten worden gemaakt ten aanzien van de aan te wijzen noodwarmteleverancier(s).

⁹⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 19.7, 'Uitvoerings- en handhavingstoets ACM'.

a. *Normen voor uitstoot van broeikasgassen*

Met het wetvoorstel wordt volgens de toelichting beoogd warmtebedrijven te verplichten om te voldoen aan een (haalbaar) reductiepad voor verduurzaming door het instellen van een prestatienorm voor de maximale uitstoot van broeikasgassen per warmtekavel. Een jaarlijks reductiepad biedt volgens de toelichting duidelijkheid over de ontwikkeling in de verduurzaming die door het warmtebedrijf wordt verwacht.⁹⁵ De verduurzamingsnorm moet als prikkel fungeren voor warmtebedrijven om over te stappen van (deels) fossiele warmteproductie naar broeikasgas-neutrale en hernieuwbare warmtebronnen. De normering biedt volgens de toelichting tegelijk de ruimte om rekening te houden met investeringsmomenten en de lokale situatie.⁹⁶

Het waarborgen van de duurzaamheid van de collectieve warmtevoorziening is een structureel en wezenlijk element van het wetsvoorstel. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de formulering van de taken van het warmtebedrijf.⁹⁷ Voor warmtebedrijven is het dus met het oog op te nemen investeringsbeslissingen van belang tijdig te weten aan welke uitstootnormen op welk moment moet worden voldaan. Ook voor de positie van de gebonden verbruikers is duidelijkheid over de uitstootnormen van belang, gezien ook in het licht van de voorgestelde wijziging van de regeling van de tarieven. De kosten van verduurzaming van een warmtebron zullen immers worden doorberekend in de tarieven voor warmtelevering.

Het wetsvoorstel bevat nu alleen een grondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen over de gemiddelde toegestane uitstoot van broeikasgassen ten gevolge van de levering van warmte aan verbruikers door een aangewezen warmtebedrijf in een warmtekavel alsmede voor de wijze waarop de uitstoot van broeikasgassen wordt berekend en vastgesteld. Een aangewezen warmtebedrijf mag ten gevolge van de levering van warmte aan verbruikers niet meer broeikasgassen uitstoten dan deze bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen normen.⁹⁸ Het wetsvoorstel geeft verder geen kaders voor de toegestane uitstoot van broeikasgassen, zoals welke afwegingscriteria aan de te stellen prestatienormen ten grondslag zullen liggen, voor welke fasering bij het stellen van uitstootnormen kan worden gekozen en of deze bijvoorbeeld bandbreedtes kunnen bevatten. Ook is niet duidelijk of er bij de normering onderscheid zal worden gemaakt tussen nieuwe en bestaande collectieve warmtesystemen, hetgeen gelet op de verschillende kenmerken van deze netten wel voor de hand kan liggen.⁹⁹

Een en ander maakt dat op dit moment onvoldoende kan worden beoordeeld in hoeverre normen zullen worden gesteld die enerzijds voldoende recht doen aan de

⁹⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.7, 'De uitstoot van broeikasgassen'.

⁹⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, 'Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel'.

⁹⁷ Voorgesteld artikel 2.12, eerste lid, onder g, van de Wet collectieve warmte voor collectieve warmtevoorzieningen en voorgesteld artikel 3.6, eerste lid, onder g, van de Wet collectieve warmte voor kleine collectieve warmtesystemen.

⁹⁸ Voorgesteld artikel 2.20 van de Wet collectieve warmte. Voorgesteld artikel 3.7 van de Wet collectieve warmte verklaart dit artikel van overeenkomstige toepassing op kleine collectieve warmtesystemen.

⁹⁹ De ACM heeft in de UHT-toets aanbevolen nieuwe warmteproductie zo veel mogelijk direct duurzaam te maken.

duurzaamheidsopgaven en anderzijds warmtebedrijven in staat stellen om tegen voldoende aantrekkelijke tarieven warmte te leveren.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel aan te passen, in die zin dat de gedelegeerde bevoegdheid voor het stellen van normen voor de uitstoot van broeikasgassen nader wordt geconcretiseerd en begrensd.

b. *Ontheffingen*

Het wetsvoorstel voorziet in tijdelijke ontheffingsmogelijkheden.¹⁰⁰ De ACM krijgt de bevoegdheid om op aanvraag van een aangewezen warmtebedrijf een ontheffing te verlenen van de uitstootnormen, indien dat bijdraagt aan de ontwikkeling van een nieuwe duurzame warmtebron om nieuwe aansluitingen van warmte te voorzien. Het kan immers voorkomen dat er niet altijd direct voldoende aansluitingen kunnen worden gerealiseerd om een duurzame warmtebron rendabel te kunnen exploiteren.¹⁰¹ De ontheffing is tijdelijk omdat er op enig moment voldoende aansluitingen zullen zijn gerealiseerd om de duurzame warmtebron in gebruik te stellen.

Het warmtebedrijf moet de tijdelijkheid van de eigen situatie in het investeringsplan aantonen.¹⁰² Ook kan de ACM een tijdelijke ontheffing verlenen voor een ten tijde van de inwerkingtreding van de (voorgestelde) Wet collectieve warmte bestaande collectieve warmtevoorziening die afhankelijk is van een niet-duurzame warmtebron die de collectieve warmtevoorziening voor een groot deel van warmte voorziet.

Volgens de toelichting zal het voor bepaalde collectieve warmtesystemen technisch bijzonder moeilijk zijn (en daarmee leiden tot disproportioneel hoge kosten) om op afzienbare termijn een duurzame warmtebron in de nabijheid te ontwikkelen. Dit kan vooral het geval zijn voor bestaande – veelal kleinere – warmtesystemen op basis van een collectieve aardgasketel of minder efficiënte WKO-systemen met een pieklasketel op aardgas.¹⁰³

De gedachte achter het vereiste van de tijdelijkheid van de ontheffing is kennelijk dat warmtebedrijven ook in die gevallen verduurzaming van warmtebronnen (tegen een aanvaardbare prijs) steeds tijdig waar kunnen maken. Het is de Afdeling op basis van de toelichting echter niet duidelijk waarop deze aanname is gebaseerd.

Zo wordt de mogelijkheid geschetst van een verlaging van de aanvoertemperatuur of aanpassingen in de binneninstallaties en isolatie van gebouwen.¹⁰⁴ Echter, als elk gebouw al voldoende kan worden geïsoleerd (wat in oudere gebouwen lastig kan zijn) kan de benodigde afgiftetemperatuur pas omlaag als elk gebouw ook daadwerkelijk voldoende geïsoleerd is. Dit vergt tijd en kan gepaard gaan met hoge kosten.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Voorgesteld artikel 2.21 van de Wet collectieve warmte en, voor kleine collectieve warmtesystemen, voorgesteld artikel 3.10 van de Wet collectieve warmte.

¹⁰¹ Tijdens die fase kunnen bijvoorbeeld tijdelijk mobiele gasketels nodig zijn.

¹⁰² Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.7, 'De uitstoot van broeikasgassen'.

¹⁰³ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.7, 'De uitstoot van broeikasgassen'.

¹⁰⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.7, 'De uitstoot van broeikasgassen'.

¹⁰⁵ Greenvis, *Onderzoek aanscherping CO₂-normen in de Wet collectieve warmte* (2022), p. 23.

Ook blijkt uit onderzoek dat het gebruik van bio-energie (met name houtige biomassa) voor het behalen van duurzaamheidsnormen door bestaande collectieve warmtesystemen van groot belang is.¹⁰⁶ Besloten is inmiddels echter het gebruik van houtige biogrondstoffen (biomassa) af te bouwen. Er zijn daarnaast weinig geschikte alternatieven, zodat het lastiger wordt om aan te stellen uitstootnormen te voldoen.¹⁰⁷

Voor zover toekomstige technische innovaties van belang zijn om verduurzaming in alle gevallen mogelijk te maken, merkt de Afdeling op dat het van belang is dat de toelichting daarop in gaat. Daarbij dient ook het scenario te worden betrokken dat deze innovaties uitblijven of niet tijdig van de grond komen.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande nader te motiveren dat verduurzaming van een warmtebron in alle gevallen mogelijk is en daarmee de motivering van het vereiste van tijdelijkheid van de ontheffing aan te vullen. Wanneer de conclusie is dat aannemelijk is dat verduurzaming van een warmtebron niet in alle gevallen mogelijk zal zijn, dan moet de vraag onder ogen worden gezien of in het wetsvoorstel hiervoor niet een voorziening zou moeten worden getroffen.¹⁰⁸

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

5. De procedure voor de aanwijzing of de ontheffing

Het voorstel verbiedt warmtebedrijven om zonder aanwijzing warmte te transporteren en te leveren en warmtetransportbeheerders om zonder aanwijzing warmte te transporteren binnen een warmtekavel.¹⁰⁹ Warmtebedrijven die kleine collectieve warmtesystemen willen exploiteren kunnen een ontheffing aanvragen van dit verbod.¹¹⁰ Hierna wordt ingegaan op de wijze waarop een aanwijzing of ontheffing wordt verleend en het belang van het waarborgen van gelijke kansen van potentieel geïnteresseerde partijen hierbij. Ook wordt ingegaan op de bundeling van relevante bezwaar- en beroepsprocedures in relatie tot effectieve rechtsbescherming.

a. *“Eerst-komt-eerst-maalt”-systematiek expliciet maken*

In de toelichting staat dat het verlenen van een aanwijzing aan een warmtebedrijf of warmtetransportbeheerder in beginsel op basis van de verdeelsystematiek “eerst-komt-eerst-maalt” plaatsvindt. Volgens deze systematiek krijgt het eerste bedrijf dat een aanvraag indient en vervolgens aan alle criteria voldoet de aanwijzing voor de warmtekavel.¹¹¹ Dit geldt niet voor de aanwijzing van een warmtebedrijf gedurende de

¹⁰⁶ Greenvis, *Inventarisatie duurzaamheid warmtenetten, Normstelling CO₂-emissie Wet collectieve warmtevoorziening* (2020), p. 4-5.

¹⁰⁷ Greenvis, *Onderzoek aanscherping CO₂-normen in de Wet collectieve warmte* (2022), p. 22.

¹⁰⁸ Zie voor een suggestie de UHT-toets over het wetsvoorstel van de ACM van 23 juli 2023, p. 13.

¹⁰⁹ Voorgesteld artikel 1.2, eerste lid, van de Wet collectieve warmte. Zie tevens voorgesteld artikel 2.7 van de Wet collectieve warmte voor de aanwijzing van een warmtebedrijf zonder publiek meerderheidsbelang gedurende de ingroeiperiode.

¹¹⁰ Voorgesteld artikel 3.1, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

¹¹¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.5.6, ‘Aanwijzing van warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang of een warmtegemeenschap’, en paragraaf 6.1.2, ‘Aanwijzing’.

ingroeiperiode zonder publiek meerderheidsbelang. Daarvoor is voorzien in besluitvorming op basis van rangschikkingscriteria bij meerdere aanvragen voor hetzelfde warmtekavel.¹¹²

Ten aanzien van de ontheffingen voor kleine collectieve warmtesystemen lijkt de systematiek eveneens neer te komen op “eerst-komt-eerst-maalt” indien er meerdere geïnteresseerde partijen zouden zijn voor eenzelfde project of gebied. Een ontheffing wordt immers verleend na een ingediende aanvraag daartoe.¹¹³

De “eerst-komt-eerst-maalt”-systematiek komt nu niet tot uitdrukking in de tekst van het voorstel. De Afdeling adviseert hierin alsnog te voorzien en het wetsvoorstel aan te passen.

b. Gelijke kansen potentieel geïnteresseerde partijen

Met de verleende aanwijzing of ontheffing ontstaat een uitsluitend recht voor warmtelevering en warmtetransport voor het bedrijf waaraan de aanwijzing of ontheffing is verleend. De toelichting stelt dat niet aannemelijk is dat twee of meer bedrijven een aanvraag voor hetzelfde warmtekavel zouden willen indienen. Tegelijkertijd wordt dit niet nader toegelicht en lijkt niet te worden uitgesloten dat deze situatie zich zal kunnen voordoen.¹¹⁴ Vanuit het perspectief van de aanbieders van een warmtevoorziening, is het in die situatie van belang dat potentieel geïnteresseerde partijen over gelijke kansen beschikken om de aanwijzing of ontheffing te verkrijgen.

De toelichting geeft aan dat het aanbestedingsrecht niet van toepassing is op de verlening.¹¹⁵ De toelichting bespreekt niet in hoeverre sprake is van een vergunningstelsel, en of is voldaan aan de vereisten die de Dienstenrichtlijn daaraan stelt. Zowel voor een concessieopdracht,¹¹⁶ als voor een vergunning waarop de Dienstenrichtlijn van toepassing is, moeten gemeenten potentieel geïnteresseerde partijen gelijke kansen bieden bij het verkrijgen van het recht om diensten te leveren in verband met een collectieve warmtevoorziening.

Zoals de toelichting tevens onderkent, is de Dienstenrichtlijn van toepassing op het transport en de levering van warmte.¹¹⁷ Weliswaar biedt een aantal bepalingen van

¹¹² Voorgesteld artikel 2.7, zevende lid, van de Wet collectieve warmte.

¹¹³ Voorgesteld artikel 3.1, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

¹¹⁴ De keuze voor een bepaalde verdeelsystematiek (‘eerst-komt-eerst-maalt’) wijst erop dat er behoefte is om in bepaalde situaties een selectie te kunnen maken. Zie de memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.5.6, ‘Aanwijzing van warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang of een warmtegemeenschap’.

¹¹⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.1.4, ‘Aanwijzing van een warmtebedrijf en warmtetransportbeheerder’. Daarbij lijkt vooral van belang te zijn dat een overeenkomst ontbreekt (in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012) indien een bedrijf geen enkele vrijheid heeft om een door de overheid verstrekte opdracht al dan niet uit te voeren of om het op haar diensten toe te passen tarief te bepalen, zie HvJEG 19 april 2007, zaak C-295/05, *Asemfo*, ECLI:EU:C:2007:227, punt 54.

¹¹⁶ Waarop het aanbestedingsrecht van toepassing is.

¹¹⁷ Het wetsvoorstel voorziet (juist) niet in de liberalisering van bepaalde diensten of de privatisering van openbare dienstverrichtende entiteiten, zie artikel 1, tweede lid, van de Dienstenrichtlijn. Verder merkt overweging 8 van de considerans van de Dienstenrichtlijn op dat zij alleen van toepassing is voor zover de activiteit openstaat voor concurrentie. Dit ziet echter

deze richtlijn de mogelijkheid om rekening te houden met de specifieke aard van diensten van algemeen economisch belang. Dit betekent echter niet dat dergelijke diensten zijn uitgezonderd van het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn.¹¹⁸ Er is sprake van een vergunningstelsel indien op een dienstverrichter de verplichting rust om bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.¹¹⁹ De bovengenoemde aanwijzingen en ontheffingen lijken in elk geval te voldoen aan deze omschrijving.

Indien sprake is van een vergunningstelsel in de zin van de Dienstenrichtlijn, moet een aantal vereisten in acht worden genomen. Dit betreft de voorwaarden voor het instellen van een vergunningstelsel, de vergunningscriteria, de vergunningsduur en procedurele eisen.¹²⁰ Er gelden specifieke voorschriften indien sprake is van een schaarse vergunning gelet op de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.¹²¹ Daarvan lijkt bij collectieve warmtesystemen sprake te zijn omdat de keuze voor een uitsluitend recht verband houdt met het aantal (gelijktijdig) beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.¹²²

Uit het voorgaande volgt dat de vergunningsprocedure moet voldoen aan de beginselen van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid en dat in beginsel een selectieprocedure met ruimte voor mededinging moet worden gevolgd.¹²³

Het is van belang om te voorkomen dat mededinging bij de selectie volledig is uitgesloten en de procedure feitelijk is toegesneden op één bedrijf. De procedure voor de aanwijzing van een warmtebedrijf bevat hiertoe in elk geval de wettelijke waarborg van publicatie van het voornemen om warmtebedrijven gelegenheid te geven een aanvraag in te dienen om aangewezen te worden als warmtebedrijf binnen een warmtekevel.¹²⁴

enkel op voorbehouden ten aanzien van bepaalde (publieke) ondernemingen die al bestonden vóór de inwerkingtreding van de Dienstenrichtlijn, zie HvJEU 7 november 2018, zaak C-171/17, *Commissie/Hongarije*, ECLI:EU:C:2018:881, punten 42 en 43.

¹¹⁸ Zie artikel 1, derde lid, Dienstenrichtlijn en HvJEU 7 november 2018, zaak C-171/17, *Commissie/Hongarije*, ECLI:EU:C:2018:881, punt 62.

¹¹⁹ Artikel 4, onder punt 6, van de Dienstenrichtlijn.

¹²⁰ Artikelen 9 t/m 11 van de Dienstenrichtlijn.

¹²¹ Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn.

¹²² Zie ook de memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.1, 'Kenmerken van collectieve warmte'.

¹²³ Dit volgt uit eerdergenoemde bepalingen van de Dienstenrichtlijn inzake vergunningstelsels. Opgemerkt wordt dat, ook indien sprake zou zijn van kunstmatige schaarste, het vereiste van een selectieprocedure met ruimte voor mededinging (reeds) lijkt voort te vloeien uit de vereisten van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid, neergelegd in artikelen 10 en 13 van de Dienstenrichtlijn. Zie de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 3.10. Zie voor het van toepassing zijn van de genoemde beginselen in een situatie die wordt beheerst door het vrij verkeer van diensten het arrest HvJEU 14 november 2013, zaak C-221/12, *Belgacom*, ECLI:EU:C:2013:736, punt 28. Zie voorts ABRvS 2 november 2016, *Vlaardingen*, ECLI:NL:RVS:2016:2927, punten 8, 11.1, 11.2 en 12. Uit deze uitspraak blijkt tevens dat een verdeling op basis van een "eerst-komt-eerst-maakt"-systematiek in beginsel een toegestane vorm van verdeling is.

¹²⁴ Voorgesteld artikel 2.4, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

De toepassing van de verdeelsystematiek “eerst-komt-eerst-maakt”¹²⁵ benadrukt het belang dat geïnteresseerde warmtebedrijven een gelijke kans hebben om een aanvraag in te dienen. Dit roept wel de vraag op hoe de door de ACM te verrichten toets zich daartoe verhoudt. Beschikt zij over voldoende capaciteit om zo nodig meerdere warmtebedrijven tegelijkertijd te onderzoeken?¹²⁶

Voor de aanwijzing van de warmtetransportbeheerder geldt dat deze wordt verleend naar aanleiding van een concrete aanvraag. Hetzelfde geldt ten aanzien van de in het voorstel geregelde ontheffingen voor kleine collectieve warmtesystemen.¹²⁷ In die situatie lijkt er geen gelijke kans te zijn voor eventuele andere geïnteresseerden voor hetzelfde project.

Uit de toelichting blijkt niet dat uitgesloten is dat er meer dan één geïnteresseerde is en/of op welke wijze wordt voldaan aan de hierboven genoemde vereisten.¹²⁸

Tot slot moet er ook voor worden gewaakt dat een gemeente bij de vaststelling van de warmtekavel eenzijdig overleg voert met één potentieel geïnteresseerd warmtebedrijf, voor zover dit ertoe zou leiden dat niet langer sprake is van een gelijk speelveld omdat dit bedrijf in de aanwijzingsprocedure een belangrijke kennisvoorsprong krijgt. Hetzelfde geldt voor het maken van bestuurlijke keuzes in de lokale warmtetransitie waarmee al wordt voorgesorteerd op de keuze van één bepaalde partij. Zo zal bij de vaststelling van de warmtekavel¹²⁹ moeten worden voorkomen dat dit reeds wordt afgestemd op de exploitatiemogelijkheden van één partij. Bijvoorbeeld omdat dit kavel ligt naast een warmtekavel met een reeds aangewezen warmtebedrijf. De genoemde beginselen maken ook dat het college na de aanwijzing niet zomaar de aanwijzingsvoorwaarden of de kavelomvang kan aanpassen.¹³⁰

De Afdeling adviseert om in de toelichting in te gaan op de vraag in hoeverre sprake is van een vergunningstelsel (betreffende schaarse rechten), of in dat geval is voldaan aan de vereisten die de Dienstenrichtlijn daaraan stelt, en op welke wijze is gewaarborgd dat de vaststelling van een warmtekavel en de aanwijzing van een warmtebedrijf of het verlenen van een ontheffing, alsmede de wijziging van een warmtekavel, de aanwijzing of de ontheffing in overeenstemming is met de beginselen van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid, en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

c. *Rechtsbescherming*

In het wetsvoorstel wordt wat betreft de rechtsbescherming zoveel mogelijk

¹²⁵ Zie ook paragraaf 5.a van dit advies.

¹²⁶ Voorgesteld artikel 2.5, derde lid, van de Wet collectieve warmte.

¹²⁷ Voorgesteld artikel 3.1, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

¹²⁸ Ten aanzien van bijvoorbeeld de aanwijzing van de warmtetransportbeheerder geeft de toelichting weliswaar aan dat er sprake zal zijn van ‘slechts weinig ondernemingen’ (zie de memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 6.1.2, ‘Aanwijzing’), maar dit impliceert, evenals de verdelingssystematiek “eerst-komt-eerst-maakt”, dat er potentieel meerdere ondernemingen zijn.

¹²⁹ Voorafgaand aan de aanvraag en aanwijzing van het warmtebedrijf.

¹³⁰ Vergelijk memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.5.1, ‘Keuze aanwijzing’.

aangesloten bij de wijze waarop die in de huidige Warmtewet is geregeld.¹³¹ Dit betekent dat tegen gemeentelijke besluiten en tegen besluiten van de ACM beroep in eerste en enige aanleg bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) mogelijk is, met uitzondering van handhavingsbesluiten. Tegen laatstgenoemde besluiten staat beroep open bij de rechtbank Rotterdam en vervolgens hoger beroep bij het CBb.

Een bijzonderheid in het wetsvoorstel betreft de rechtsbescherming tegen de besluiten tot vaststelling van een warmtekavel en tot aanwijzing van een warmtebedrijf voor dat warmtekavel. Ten aanzien van deze besluiten is voorzien in een bundeling van bezwaar- en beroepsprocedures.¹³² Hiermee is volgens de toelichting beoogd 'de rechtsbescherming te vereenvoudigen'.

In de toelichting wordt echter geen aandacht besteed aan mogelijke complicaties die zich met deze gebundelde rechtsbescherming voor kunnen doen, zoals (aanzienlijk) tijdsverloop dat kan zitten tussen de aanwijzing van een warmtekavel en de aanwijzing van het warmtebedrijf voor dat kavel. Er wordt niet ingegaan op wat deze gebundelde rechtsbescherming betekent voor betrokkenen bij de besluitvorming, zoals het voor een warmtekavel aangewezen warmtebedrijf of een concurrerend warmtebedrijf dat zelf ook belangstelling heeft voor dat warmtekavel. Kunnen zij met deze bundeling in alle mogelijke situaties tijdig rechtsbescherming krijgen? Het is de Afdeling niet duidelijk of deze systematiek in elk opzicht zal leiden tot effectieve rechtsbescherming voor betrokkenen bij besluiten tot vaststelling van een warmtekavel en tot aanwijzing van een warmtebedrijf.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en zo nodig tot aanpassing van dit onderdeel van het voorstel over te gaan.

6. Hoogte bestuurlijke boete

Het wetsvoorstel voorziet in de bevoegdheid voor de ACM om een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens een ruim aantal artikelen van het voorstel. De boete bedraagt ten hoogste het bedrag dat is vastgesteld voor de zesde categorie als bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht, of, indien dat meer is, ten hoogste 1% van de omzet van de overtreder.¹³³

Hiermee kan een boete van de hoogste categorie worden opgelegd voor overtredingen van uiteenlopende aard (dit varieert van overtreding van het verbod om warmte te transporteren of te leveren zonder aanwijzing tot overtreding van de verplichting van het warmtebedrijf om correspondentie binnen tien werkdagen af te handelen). In de toelichting wordt niet gemotiveerd waarom voormeld boetemaximum voor al de vermelde overtredingen noodzakelijk is. Daarbij is van belang dat het uitgangspunt is dat de hoogte van het boetemaximum in redelijke verhouding dient te staan tot de aard en ernst van de overtreding.¹³⁴ Gelet op dit uitgangspunt ligt het ongedifferentieerd van

¹³¹ Voorgesteld artikel 12.20 van de Wet collectieve warmte.

¹³² Voorgesteld artikel 11.5, aanhef en onder a, van de Wet collectieve warmte.

¹³³ Voorgesteld artikel 9.4 van de Wet collectieve warmte.

¹³⁴ Zie het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 november 2023 over het Besluit indexering verkeersboetes 2024, nr. W16.23.00312/II, punt 2, Strct. 2024, 186.

toepassing verklaren van de zesde boetecategorie voor alle overtredingen niet in de rede.

De Afdeling adviseert om bij de keuze voor een boetecategorie te differentiëren naar aard en ernst van de overtreding en het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

7. Waarborgen groepsverbod Energiewet

Het wetsvoorstel voorziet in een uitzondering op het groepsverbod en het verbod op bepaalde nevenactiviteiten voor transmissie- en distributiesysteembeheerders (hierna: netbeheerders) in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (na invoering van de Energiewet zal het groepsverbod in deze wet zijn opgenomen).¹³⁵ Deze uitzondering komt erop neer dat het infrastructuurbeheerders, die deel uitmaken van een groep waartoe tevens een transmissie- of distributiesysteembeheerder behoort, wordt toegestaan deel te nemen aan een aangewezen warmtebedrijf.¹³⁶

De Wet onafhankelijk netbeheer wijzigde destijds de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet teneinde de onafhankelijkheid van netbeheerders structureel te waarborgen. Dit zou ten goede komen aan leveringszekerheid, transparantie en een gelijk speelveld.¹³⁷

Volgens de toelichting is de voorgestelde uitzondering gerechtvaardigd omdat een collectieve warmtevoorziening uitgaat van (de noodzaak van) een geïntegreerd warmtebedrijf. Dit wijkt af van activiteiten in de elektriciteits- en gasector, waar een splitsing tussen enerzijds transport en distributie en anderzijds productie, verhandeling en levering een belangrijk uitgangspunt vormt.¹³⁸

De Afdeling ziet de mogelijke meerwaarde die infrastructuurbedrijven kunnen bieden bij de realisatie en exploitatie van een collectieve warmtevoorziening, bijvoorbeeld wat betreft de inbreng van kapitaal en kennis. De vraag rijst echter of met de voorziene uitzondering op het groepsverbod afbreuk wordt gedaan aan de onafhankelijkheid van netbeheerders in de sectoren elektriciteit en gas. Het groepsverbod heeft immers een brede strekking en beoogt te voorkomen dat netbeheerders actief zijn in een groep waartoe tevens (commerciële) energiebedrijven¹³⁹ behoren.¹⁴⁰

¹³⁵ Artikel 10b, eerste t/m derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, eerste t/m derde lid, van de Gaswet. Zie artikel 3.10 en volgende van het voorstel voor een Energiewet, Kamerstukken II 2022/23, 36378, nr. 2.

¹³⁶ Artikel 12.22 van het voorstel Wet collectieve warmte, 'Wijziging Energiewet'.

¹³⁷ Kamerstukken II 2004/05, 30212, nr. 3, p. 1-12.

¹³⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 14.2, 'Voorwaarden voor deelneming van een infrastructuurbedrijf in een aangewezen warmtebedrijf'.

¹³⁹ Zoals bijvoorbeeld een warmtebedrijf.

¹⁴⁰ Zie HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727, punten 3.17.2, 3.22.2 en 4.9.2. Hieruit volgt dat een netbeheerder na splitsing wel deel mag uitmaken van een groep waarin commerciële activiteiten worden uitgeoefend, mits deze energievreemd zijn, en dat aan het groepsverbod de gedachte ten grondslag ligt dat bij een geïntegreerd energiebedrijf de netbeheerder niet geheel onafhankelijk kan opereren. Bovendien zijn destijds minder ingrijpende alternatieven overwogen (gericht op bijvoorbeeld het verstevigen van de zelfstandigheid van de netbeheerder en intensivering van het toezicht), maar werd door de wetgever geoordeeld dat dergelijke maatregelen onvoldoende effectief zouden zijn.

Daarmee zou hun taak als onafhankelijke netbeheerder in de sectoren elektriciteit en gas – binnen welke sectoren wordt uitgegaan van een splitsing van verantwoordelijkheden – onder druk kunnen komen te staan. Er bestaat immers het risico dat beslissingen van een netbeheerder, die onderdeel uitmaakt van een groep waarin tevens andere energie-gerelateerde activiteiten worden verricht, worden afgestemd op, en onderworpen zijn aan, de belangen van het bedrijf als geheel.¹⁴¹

Het voorstel bevat weliswaar enkele maatregelen om belangenverstremming en bevoordeling te voorkomen, maar deze komen overeen met maatregelen die eerder door de wetgever als onvoldoende werden beschouwd om de onafhankelijkheid van netbeheerders structureel te waarborgen.¹⁴² Het is niet de bedoeling om met dit wetsvoorstel terug te komen op de keuze die is gemaakt bij de Wet onafhankelijk netbeheer. Voor zover met het wetsvoorstel de afweging die ten grondslag ligt aan de Wet onafhankelijk netbeheer evenwel wordt gepreciseerd, is het van belang om hier in de toelichting aandacht aan te besteden.

De Afdeling adviseert de uitzondering op het groepsverbod in het licht van het voorgaande nader te motiveren.

¹⁴¹ Waarbinnen zowel commerciële activiteiten als gereguleerde netbeheertaken zijn ondergebracht.

¹⁴² Kamerstukken II 2004/05, 30212, nr. 3, p. 4 en 5.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,