

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
van (kantoor landsadvocaat)
datum 3 juni 2024
inzake Advies met betrekking tot Wet collectieve warmte
zaaknr 11022306

1 Vraagstelling

- 1.1 Het ministerie van Economische Zaken en Klimaat ("EZK") is bezig met het opstellen van de Wet collectieve warmte ("Wcw"). In dat kader heeft de Raad van State op 17 april 2024 advies uitgebracht over een concept-wetsontwerp. In het wetsontwerp krijgen gemeenten (college van burgemeester en wethouders) de bevoegdheid warmtekavels vast te stellen. Dat zijn gebieden waar mogelijk wordt gekozen voor collectieve warmte als alternatief voor aardgas. Het college krijgt daarnaast de bevoegdheid om na het doorlopen van een aanwijzingsprocedure een warmtebedrijf aan te wijzen dat de wettelijke taak en de exclusieve bevoegdheid krijgt om binnen het betrokken warmtekavel een collectieve warmtevoorziening aan te leggen en te exploiteren. Uitgangspunt van het wetsontwerp is dat enkel warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang¹ kunnen worden aangewezen (artikel 2.3 van het concept-wetsontwerp). Indien een dergelijk warmtebedrijf niet beschikbaar is, kan een gemeente gedurende een ingroeiperiode van zeven jaar na inwerkingtreding van de Wcw nog een ander warmtebedrijf aanwijzen dat geen publiek meerderheidsbelang heeft.
- 1.2 In zijn advies heeft de Raad van State overwogen dat hoewel een publiek meerderheidsbelang in een aangewezen warmtebedrijf geschikt kan zijn om de doelstellingen van het wetsvoorstel te realiseren, tevens vereist is dat het daartoe noodzakelijk is en niet kan worden volstaan met minder ingrijpende instrumenten.² De Raad van State adviseert in de toelichting in te gaan op minder belemmerende alternatieven. In dit verband heeft de Raad van State enkele suggesties gedaan voor mogelijke alternatieven voor het in de wet vastleggen van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang, welke alternatieven volgens de Raad van State het vrije

¹ Waarbij geldt dat de statuten van een warmtebedrijf geen bepalingen mogen bevatten die zorgen dat de publieke aandeelhouders met een meerderheidsbelang geen doorslaggevende zeggenschap hebben; zie artikel 2.3 lid 1 van het concept-wetsontwerp.

² Advies, p. 10.

kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging minder zouden belemmeren. U heeft ons verzocht te adviseren over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van die alternatieven.

1.3 Met deze notitie voldoen wij aan dat verzoek.

2 Eerste alternatief

2.1 In zijn advies geeft de Raad van State in overweging om het vereiste van een publiek meerderheidsbelang te laten vallen en in plaats daarvan te voorzien in een transparante selectieprocedure op basis van objectieve rangschikkingscriteria, die openstaat voor ieder warmtebedrijf (publiek en privaat) en waarbij volgens de Raad van State ook recht zou kunnen worden gedaan aan de belangen die ten grondslag liggen aan de keuze voor het publieke meerderheidsbelang.³ Daarnaast zou aan gemeenten de mogelijkheid kunnen worden geboden om, in afwijking van die transparante selectieprocedure en mits deugdelijk gemotiveerd, "zelf" te "voorzien" in de collectieve warmtevoorziening.⁴ De Raad van State legt niet uit wat hij verstaat onder "zelf voorzien". Wij nemen aan dat de Raad van State daarmee doelt op een warmtebedrijf waarvan de gemeente alle, althans meer dan de helft van de aandelen heeft met uitsluitende zeggenschap.⁵

2.2 Ten aanzien van dit alternatief merken wij op dat dit haaks staat op het uitgangspunt van het wetsontwerp dat de overheid als aandeelhouder met doorslaggevende zeggenschap in het warmtebedrijf noodzakelijk is om de publieke belangen duurzaamheid, leveringszekerheid en betaalbaarheid te borgen. In de toelichting bij het wetsontwerp worden diverse redenen besproken waarom die publieke belangen beter geborgd zijn wanneer warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang kunnen worden aangewezen, dan wanneer ook andere (met name private) warmtebedrijven kunnen worden aangewezen. De Raad van State licht op zijn beurt niet inhoudelijk toe hoe de betrokken publieke belangen even goed zouden kunnen worden geborgd bij toepassing van een transparante selectieprocedure waaraan zonder onderscheid publieke en private warmtebedrijven kunnen deelnemen. In dat verband dient ook te worden opgemerkt dat ingevolge vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, bij gebreke van harmonisatie op EU-niveau, de lidstaten niet alleen de vrijheid hebben om dwingende redenen van algemeen belang te identificeren die een beperking van het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen maar tevens de vrijheid hebben om het niveau van bescherming van de aldus geïdentificeerde belangen vast te stellen. In het wetsontwerp heeft de wetgever een duidelijke keuze gemaakt ten aanzien van het niveau waarop de genoemde publieke belangen dienen te worden gewaarborgd. Het door de Raad van State geformuleerde alternatief zou de in het wetsontwerp gemaakte keuze voor het gekozen beschermingsniveau middels het vereiste van een

³ Advies, p. 9.

⁴ Advies, p. 10.

⁵ De notie "zelf voorzien" lijkt niet te kunnen zien op publieke warmtebedrijven waarin andere overheden dan de betrokken gemeente zeggenschap hebben (en a fortiori niet op warmtebedrijven met een privaat meerderheidsbelang).

publiek meerderheidsbelang volledig ondergraven en wij adviseren om die reden in de toelichting bij het wetsontwerp kort te expliciteren waarom een transparante selectieve procedure met objectieve selectiecriteria niet volstaat om de publieke belangen die aan de keuze voor een publiek meerderheidsbelang ten grondslag liggen te borgen.

- 2.3 De door de Raad van State benoemde optie dat gemeenten eventueel, mits deugdelijk gemotiveerd, kunnen overgaan tot directe aanwijzing van een "eigen" warmtebedrijf vormt feitelijk een *verdergaande* beperking van het vrij verkeer dan het door de Raad benoemde alternatief van een transparante selectieprocedure en dus niet een minder belemmerend alternatief. Dit zou immers kunnen betekenen dat de exploitatie van een warmtekavel wordt voorbehouden aan een één specifieke onderneming (namelijk het "eigen" warmtebedrijf) en er geen ruimte wordt geboden voor mededinging. Hoewel dit onder omstandigheden is toegestaan, moet dit worden gezien als een verdergaande beperking dan een procedure die wél openstaat voor mededinging.⁶
- 2.4 In dit verband merken wij op dat het wetsontwerp in de situatie dat sprake is van meerdere gegadigden voor een warmtekavel voorziet in een objectief allocatiemechanisme, te weten "first come first serve": indien meerdere warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang zich melden voor eenzelfde warmtekavel, dient de gemeente het warmtekavel toe te wijzen aan het warmtebedrijf dat zich als eerste gemeld heeft.⁷ Dit objectieve allocatiemechanisme is verenigbaar met het EU-rechtelijke uitgangspunt dat in geval van schaarste een selectie van gegadigden moet plaatsvinden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt.⁸ Dit allocatiemechanisme zou worden doorkruist indien gemeenten de bevoegdheid zou worden verleend om (zonder dat daartoe een objectieve rechtvaardiging bestaat) voorrang te geven aan een "eigen" warmtebedrijf, ook in de situatie dat zich eerder een warmtebedrijf heeft gemeld waarin de betrokken gemeente geen meerderheidsbelang en zeggenschap heeft. Het verlenen van voorrang verhoudt zich in dat geval naar onze mening ook niet goed met het vereiste van onpartijdigheid. Daar komt nog bij dat het wetsontwerp juist geen onderscheid maakt tussen verschillende warmtebedrijven met publiek meerderheidsbelang; in het licht van de algemene belangen die het vereiste van publiek meerderheidsbelang beoogt te beschermen, valt niet in te zien waarom "eigen" warmtebedrijven van individuele gemeenten een voorkeursbehandeling zouden verdienen boven warmtebedrijven waarin (ook) andere publieke aandeelhouders (al dan niet gezamenlijk) zeggenschapsrechten hebben.

⁶ Zie in dit verband HvJEU 7 november 2018, zaak C-171/17, ECLI:EU:C:2018:881 (*Europese Commissie / Hongarije*). Zie ook HvJEU 23 februari 2016, zaak C-179/14, ECLI:EU:C:2016:108 (*Europese Commissie / Hongarije*).

⁷ Een en ander is enkel uitgewerkt in de memorie van toelichting. Wij adviseren, in navolging van de Raad van State, om een en ander expliciet in de wet te regelen.

⁸ Zie artikel 10 lid 1 en 2 en artikel 13 lid 2 van de Dienstenrichtlijn, waarin is bepaald dat een vergunningaanvraag onpartijdig moet worden behandeld.

- 2.5 Kortom, het verlenen van voorrang aan een “eigen” warmtebedrijf, zonder dat het in het wetsontwerp voorziene allocatiemechanisme wordt toegepast, vormt binnen de uitgangspunten zoals die zijn geformuleerd in het wetsontwerp geen minder beperkend maar juist een meer beperkend alternatief.

3 Tweede alternatief

- 3.1 In zijn advies overweegt de Raad van State dat de mogelijkheden voor collectieve warmtevoorzieningen afhankelijk zijn van lokale omstandigheden, zoals de beschikbare warmtebronnen, dichtheid van de gebouwde omgeving in het voorzieningsgebied en de ondergrond.⁹ Hoewel het advies van de Raad dit niet indiceert, zou deze overweging mogelijk geschreven kunnen zijn vanuit de gedachte dat de keuze tussen typen warmtebedrijven op basis van aandeelhouderschap (geheel publiek, publiek meerderheidsbelang, minderheidsbelang publiek, geheel privaat) zou kunnen worden overgelaten aan de gemeenten zelf in het licht van die lokale omstandigheden. Naar onze mening is er voor een dergelijke benadering geen ruimte. Dit omdat bij het wetsontwerp als gezegd nu juist is gekozen voor een bepaald beschermingsniveau in het belang van de consument, de leveringszekerheid en het milieu en klimaat. In de memorie van toelichting is onderbouwd dat die betrokken publieke belangen minder goed kunnen worden geborgd wanneer geen sprake is van een publiek meerderheidsbelang en zeggenschap van de overheidsaandeelhouders.¹⁰ Bij de afweging die wordt gemaakt in de memorie van toelichting spelen de door de Raad van State genoemde (verschillen in) lokale omstandigheden geen rol. Meer concreet: een van de in de memorie van toelichting genoemde redenen voor de keuze voor een publiek meerderheidsbelang is gelegen in het feit dat van publieke partijen mag worden verwacht dat zij bij investeringsbeslissingen ten behoeve van de leveringszekerheid handelen in het publieke belang. Private warmtebedrijven zullen zich bij investeringsbeslissingen primair laten leiden door het winstpotentieel voor de aandeelhouders; het in aanmerking nemen van de relevante publieke belangen kan niet even effectief worden afgedwongen door een onafhankelijke toezichthouder als door publieke aandeelhouders met uitsluitende zeggenschap. Deze afweging en de uitkomst daarvan is niet afhankelijk van de door de Raad van State genoemde (verschillen in) lokale omstandigheden.
- 3.2 Nu het borgen van de publieke belangen niet afhankelijk is van lokale omstandigheden, zou het bieden van de mogelijkheid aan gemeenten om het vereiste van een publiek meerderheidsbelang achterwege te laten tot gevolg hebben dat de beoogde publieke belangen op lokaal niveau minder goed worden geborgd. Aldus zou afbreuk worden gedaan aan het beoogde beschermingsniveau dat de wetgever op nationaal niveau voor ogen heeft. Volgens vaste rechtspraak is een maatregel die het

⁹ Advies, p. 10.

¹⁰ Dit vormt een belangrijk verschil met het door de Raad van State genoemde arrest van 22 september 2022, gev. zaken C-724/18 en C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743 (*Cali Apartments*), waarbij het juist wel mogelijk was het vergunningstelsel af te stemmen op de specifieke omstandigheden van de gemeente.

vrij verkeer beperkt pas geschikt om het beoogde doel te bereiken, wanneer het beoogde doel op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd. Dit wordt ook wel het consistentievereiste genoemd. Indien het gemeenten zou worden toegestaan om op lokaal niveau minder bescherming te bieden dan de wetgever op nationaal niveau voor ogen heeft, kan dat zeer wel tot gevolg hebben dat een rechter oordeelt dat de regeling met betrekking tot het vereiste van een publiek meerderheidsbelang niet voldoet aan het consistentievereiste, omdat de doelstellingen niet op coherente en systematische wijze worden nagestreefd.¹¹ Het bieden van keuzevrijheid aan gemeenten zou aldus tot gevolg kunnen hebben dat het vereiste van een publiek meerderheidsbelang niet gerechtvaardigd is.

4 Conclusie

- 4.1 De in dit advies besproken alternatieven zijn onverenigbaar met de onderbouwing die in de memorie van toelichting bij het concept-wetsontwerp wordt aangevoerd ter rechtvaardiging van de noodzaak en evenredigheid van de keuze om uitsluitend warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang in aanmerking te laten komen voor een aanwijzing voor een warmtekavel. Het toelaten van de besproken alternatieven zou deze rechtvaardiging in het licht van het EU-recht doorkruisen en daarmee de juridische houdbaarheid daarvan aantasten. De door de Raad van State genoemde optie om gemeenten de mogelijkheid te bieden "eigen" warmtebedrijven voorrang te geven boven andere warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang stuit af op het vereiste dat in geval zich meerdere gegadigden aandienen voor eenzelfde warmtekavel, de selectie dient plaats te vinden op basis van een procedure die aan alle waarborgen van onpartijdigheid en transparantie voldoet. Het bieden van ruimte aan gemeenten om, in het licht van lokale omstandigheden, warmtekavels te kunnen toewijzen aan warmtebedrijven zonder publiek meerderheidsbelang, is niet verenigbaar met de overwegingen die blijkens de memorie van toelichting de keuze op nationaal niveau voor warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang rechtvaardigen en brengt het risico mee dat de rechter oordeelt dat het vereiste van een publiek meerderheidsbelang wegens strijdigheid met het consistentievereiste niet gerechtvaardigd is.

* * *

¹¹ Vgl. HvJ 17 juli 2008, zaak C-500/06, ECLI:EU:C:2008:421, (*Dermoestetica*) r.o. 39.