

Vergaderjaar 2023–2024

36 576

Regels omtrent productie, transport en levering van warmte (Wet collectieve warmte)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 17 april 2024 en het nader rapport d.d. 14 juni 2024, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Klimaat en Energie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 15 november 2023, nr. 2023002648, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 17 april 2024, nr. W18.23.00339/IV, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel heeft de Afdeling advisering (hierna: de Afdeling) aanleiding gegeven te overwegen dat de Afdeling 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 begrijpt. 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. Daarnaast heeft het voorstel aanleiding gegeven de vraag te stellen of door de wijziging van de regulering van de tarieven 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. Tevens adviseert de Afdeling materiële normstelling op wetsniveau op te nemen met betrekking tot de uitstoot van broeikasgassen. Tot slot heeft zij nog

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

een aantal overige opmerkingen bij het wetsvoorstel. De Afdeling 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.

Graag ga ik op deze opmerkingen in het navolgende in. De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

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.²

Klimaatdoelstellingen vergen dat de warmtevoorziening in de gebouwde omgeving wordt verduurzaamd. Het wetsvoorstel beoogt een groot-schalige uitrol van nieuwe warmtenetten (hierna ook: collectieve warmtesystemen of collectieve warmtevoorzieningen³). 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.

De Afdeling is zich ervan bewust dat de regering zich geplaagd ziet voor dilemma's waarvoor geen gemakkelijke oplossingen bestaan. De in het

² 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.

³ 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).

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 gebouw-eigenaren. 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.⁴ 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 alternatieven⁵ 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.⁶

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.⁷ 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

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.*

⁴ 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.

⁵ Zoals het gebruik van warmtenetten, «all electric»-oplossingen of toepassing van hybride technieken.

⁶ 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»).

⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 15.5, «Publieke realisatiekracht».

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.⁸ Dit is vooral van belang vanwege de monopolistische kenmerken van collectieve warmtesystemen, aldus de toelichting.⁹ De toelichting onderkent de spanning tussen de verschillende publieke belangen, maar geeft aan dat getracht is een goede balans hierin aan te brengen.¹⁰

Een eerdere versie van het voorstel is in 2020 in consultatie gegaan.¹¹ 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 een aanwijzing van een (publiek of privaat) warmtebedrijf op basis van rangschikkingscriteria voor.¹²

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.¹³ In plaats daarvan is gekozen voor het vereiste van het publieke meerderheidsbelang in een aangewezen warmtebedrijf en een warmtetransport-beheerder.¹⁴ Over de laatstgenoemde keuze is niet geadviseerd door de landsadvocaat.

⁸ Zoals duurzaamheid, leveringszekerheid en betaalbaarheid voor gebonden verbruikers.

⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, «Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel»; memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.9, «Consumentenbescherming».

¹⁰ 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.

¹¹ Zie: Consultatie Wet collectieve warmtevoorziening (internetconsultatie.nl).

¹² Advies van de landsadvocaat van 28 mei 2021, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 30 196, nr. 768, p. 13 t/m 16.

¹³ Zie hierover nader de memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 19.4, «Maatschappelijke dialoog marktordering en bestaande initiatieven».

¹⁴ Zie nader paragraaf 1.b.i van dit advies.

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 aangevozen 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.¹⁵

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;¹⁶*
- het college kan vervolgens op aanvraag voor een periode van minimaal 20 en maximaal 30 jaar een warmtebedrijf aanwijzen voor dat warmtekavel.¹⁷ Daarvoor komt slechts een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang in aanmerking;¹⁸*
- 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.¹⁹ Hiervoor geldt een aparte aanwijzingsprocedure.²⁰*

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.²¹ Het aangewezen warmtebedrijf heeft de integrale verantwoordelijkheid voor de collectieve warmtevoorziening binnen een warmtekavel. Op het aangewezen warmtebedrijf rusten daarnaast een aantal

¹⁵ 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.

¹⁶ Voorgesteld artikel 2.1 van de Wet collectieve warmte.

¹⁷ Voorgesteld artikel 2.5 van de Wet collectieve warmte.

¹⁸ Voorgesteld artikel 2.2 van de Wet collectieve warmte.

¹⁹ Voorgesteld artikel 2.6 van de Wet collectieve warmte.

²⁰ Voorgesteld artikel 2.7 van de Wet collectieve warmte.

²¹ Voorgesteld artikel 2.12 van de Wet collectieve warmte.

andere verplichtingen, zoals een meldplicht bij het niet kunnen uitvoeren van een taak en een financiële rapportageplicht.²²

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.²³

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.

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 gasreferentieprijis 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.²⁴ Er zijn ook afwijkingen voorzien in de taken (wat betreft verhuurders en verenigingen van eigenaren) en verplichtingen ten opzichte van die van een aangewezen warmtebedrijf.²⁵

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 warmtevoorziening²⁶. 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

²² Voorgestelde artikelen 2.13 en volgende van de Wet collectieve warmte.

²³ Zie nader de voorgestelde artikelen 2.5 en 2.7 van de Wet collectieve warmte.

²⁴ Voorgesteld artikel 3.1, eerste lid, en artikel 4.2, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

²⁵ Voorgestelde artikelen 3.7 t/m 3.11 en 4.6 van de Wet collectieve warmte.

²⁶ 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».

transport van warmte van grotere of meerdere regionale warmtebronnen naar warmtekavels.²⁷

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.²⁸ 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.²⁹

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.³⁰

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.

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 boven op 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.³¹ 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.

²⁷ Voorgesteld artikel 5.1 van de Wet collectieve warmte.

²⁸ Voorgesteld artikel 12.4 van de Wet collectieve warmte.

²⁹ Voorgesteld artikel 12.2 van de Wet collectieve warmte.

³⁰ Voorgesteld artikel 2.44, tweede lid, van de Wet collectieve warmte.

³¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, «Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel».

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.³² 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.³³ 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 en noodzakelijk is om de dienst van algemeen economisch belang te kunnen verrichten.³⁴

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.³⁵ 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.³⁶

Hoewel een publiek meerderheidsbelang in een aangewezen warmtebedrijf geschikt kan zijn om deze doelstellingen te realiseren,³⁷ 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.³⁸ Hierbij ontbreekt een toelichting waarom een publiek meerderheidsbelang, bovenop andere voorgestelde bepalingen die zijn gericht op het behalen van de doelstellingen,

³² 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).

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.1.6, «Aanwijzing van een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang en een publieke warmtetransportbeheerder».

³⁷ Zie wel paragraaf 2.c van dit advies voor enkele aandachtspunten.

³⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.1.6, «Aanwijzing van een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang en een publieke warmtetransportbeheerder».

*noodzakelijk is. Het voorstel voorziet immers in regulering van de wettelijke taken, informatieverplichtingen en vereisten waaraan de warmtelevering moet voldoen en toezichts- en interventiemechanismen.*³⁹

*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 erop 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.*⁴⁰

*In zo'n regeling zou ervoor kunnen worden gekozen dat slechts wordt overgegaan tot een dergelijke selectieprocedure indien uit een inventarisatie⁴¹ 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.*⁴²

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.*⁴³

*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.*⁴⁴ *De toelichting lijkt ervan uit te gaan dat de situatie voor heel Nederland zodanig homogeen is dat een publiek meerderheids-*

³⁹ Zie voor een meer gedetailleerde bespreking paragraaf 1.b van dit advies.

⁴⁰ Zie ook de suggestie gedaan in het advies van de landsadvocaat van 28 mei 2021, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 30 196, 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 Wet collectieve warmte voor het scenario waarin meerdere aanvragen zijn ingediend voor de aanwijzing van het warmtebedrijf tijdens de ingroeiperiode.

⁴¹ Naar analogie van het voorgestelde artikel 2.4 van de Wet collectieve warmte.

⁴² 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.

⁴³ Zie ook p. 3 van de eerdere versie van het wetsvoorstel dat medio 2020 in consultatie ging.

⁴⁴ 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.

belang 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.⁴⁵

De Afdeling adviseert om in het licht van het voorgaande in de toelichting dragend te motiveren waarom het voorschrijven van een publiek meerderheidsbelang noodzakelijk is ter bescherming van de verbruiker, en voor de doelstellingen van voorzienings- en leveringszekerheid en van milieubescherming.

De Afdeling overweegt 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. De Afdeling vraagt hierbij aandacht voor twee minder ingrijpende alternatieven. Allereerst ontbreekt een toelichting waarom een publiek meerderheidsbelang, bovenop andere voorgestelde bepalingen die zijn gericht op het behalen van de doelstellingen, noodzakelijk is. De Afdeling adviseert met andere woorden beter te onderbouwen waarom de optie van het behalen van de doelstellingen met enkel regulering onvoldoende is. In de tweede plaats zou volgens de Afdeling de optie onderzocht kunnen worden 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.

a. Minder ingrijpend alternatief: borging publieke belangen door regulering

In reactie op het advies van de Afdeling beter te motiveren waarom een publiek meerderheidsbelang, bovenop andere voorgestelde bepalingen die zijn gericht op het behalen van de doelstellingen, noodzakelijk is, wil de Minister allereerst benadrukken dat dit alternatief uitvoerig is onderzocht en besproken tijdens de voorbereiding van dit wetsvoorstel. De Minister verwijst in dit verband naar paragraaf 20.4 van de toelichting waar onder meer is ingegaan op de maatschappelijke dialoog die gevoerd is met de meest betrokken stakeholders (warmtebedrijven, gemeenten, provincies en infrastructuurbedrijven) en het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Ook heeft de landsadvocaat in het advies van 5 april 2023 aangegeven geen reden te zien om te twijfelen dat het publiek eigendom van nutsvoorzieningen, zoals thans voorgeschreven in het wetsvoorstel, in overeenstemming is met het algemeen belang.⁴⁶

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de toelichting aangevuld en is toegelicht waarom in het wetsvoorstel is voorgesteld een publiek meerderheidsbelang voor te schrijven (paragraaf 1.2, onder c) en

⁴⁵ Zie p. 5, 58 en 59 van de eerdere versie van het wetsvoorstel.

⁴⁶ Lidstaten hebben op dit punt een ruime beoordelingsmarge, zeker met betrekking tot maatregelen die een positief milieueffect beogen (zoals bij het versterken van de warmtetransitie aan de orde zal zijn), aldus de landsadvocaat. Kamerstukken II 2022/23, 30 196, nr. 815.

waarom met een hybride marktordeningsmodel en alleen regulering de doelstellingen van dit wetsvoorstel onvoldoende bereikt kunnen worden (paragraaf 15.4, onder a).⁴⁷

De bredere achterliggende overweging een publiek meerderheidsbelang voor te schrijven en niet te volstaan met alleen regulering is dat de aard en de omvang van de maatschappelijke opgave bij collectieve warmte zodanig is dat publieke zeggenschap in het aangewezen warmtebedrijf noodzakelijk is. Gelet op de voorziene opschaling van collectieve warmtevoorzieningen, staat de warmtemarkt op dit moment nog in de kinderschoenen. Nu de warmtemarkt in transitie is, is een stevige publieke rol noodzakelijk. Met een publieke partij als meerderheidsaandeelhouder in het warmtebedrijf zal het in kunnen spelen op mogelijke veranderingen in de nog groeiende warmtemarkt. Ook kan een publieke partij het beleidsinstrumentarium en bedrijfseconomische beslissingen beter op elkaar afstemmen. Om vergelijkbare afwegingen is in het verleden vaker gekozen voor een duidelijke regierol vanuit de overheid. Collectieve warmte, elektrificatie en de (groene) gasvoorziening zullen bovendien bij de energietransitie steeds meer met elkaar interfereren en kunnen elkaar versterken. Publieke aandeelhouders zullen er belang aan hechten om het bredere systeemperspectief in ogenschouw nemen bij de ontwikkeling van collectieve warmte. Doordat een publieke partij kan handelen vanuit het perspectief van het integrale energiesysteem kan er gestuurd worden op een energietransitie tegen de laagste maatschappelijke kosten. Ook in ons omringende landen, waar collectieve warmte reeds een volwassen markt is, zijn warmtenetten veelal in publieke of coöperatieve handen (zie paragraaf 17.2 van de toelichting). Hierna wordt ingegaan op de meer specifieke argumenten waarom niet volstaan kan worden met enkel regulering om de doelen van dit wetsvoorstel te realiseren.

In de eerste plaats worden met enkel regulering en een hybride marktordeningsmodel de publieke belangen van een betrouwbaar, betaalbaar en duurzaam energiesysteem in de warmtetransitie onvoldoende geborgd, omdat de regulering als zodanig te weinig sturingsmogelijkheden biedt. Met enkel regulering kan een publieke partij niet de koers van het warmtebedrijf van binnenuit bepalen en ervoor zorgen dat het warmtebedrijf proactief handelt in het publiek belang. Hierdoor kunnen overheden de belangen van burgers onvoldoende beschermen. Een zo goed mogelijke bescherming van consumenten is echter wel noodzakelijk, omdat warmte een nutsvoorziening is en er sprake is van een natuurlijk monopolie waarvan de gebruikers afhankelijk zijn. De verbruiker die is aangesloten op een collectieve warmtevoorziening moet erop kunnen vertrouwen dat het warmtebedrijf de publieke belangen op het oog heeft en niet uit is op bijvoorbeeld winstmaximalisatie. Bij enkel regulering en een hybride marktordeningsmodel is dit onvoldoende geborgd.

Ten tweede zijn bij enkel regulering (en het toezicht daarop) en een hybride marktordeningsmodel de mogelijkheden te beperkt om de borging van publieke belangen af te dwingen. De ervaring leert dat de heterogeniteit en het grote aantal collectieve warmtesystemen ervoor zorgen dat de toezichthouder er beperkt in slaagt alleen door toezicht en handhaving gewenst gedrag af te dwingen, terwijl de bewijslast bij de ACM ligt. Hierdoor zal bij collectieve warmte toezicht vaak een reactief karakter hebben. Eventuele correcties komen dan pas nadat de negatieve effecten zich al hebben voorgedaan. Zonder publieke doorslaggevende zeggenschap die ontstaat dankzij het publiek meerderheidsbelang vindt er dus onvoldoende sturing aan de voorkant plaats. Tevens is het van belang dat warmtebedrijven in hun bedrijfsvoering keuzes maken die bijdragen

⁴⁷ Zie ook het advies van de landsadvocaat, 3 juni 2024, p. 2 en 5.

aan het realiseren van de energietransitie tegen de laagste maatschappelijk kosten. De ontwikkeling van nieuwe collectieve warmtevoorzieningen gaat bijvoorbeeld gepaard met grote verzonken investeringen in collectieve warmtevoorzieningen en een verdeling van veelal schaarse warmtebronnen waarbij de af te wegen belangen de warmtekavel kunnen overstijgen. Dat vraagt van warmtebedrijven dat zij bij bedrijfseconomische beslissingen niet alleen rekening houden met de belangen binnen het eigen afzetgebied, maar ook rekening houden met de invloed van die beslissingen om elders een betaalbare, betrouwbare en duurzame warmtevoorziening te realiseren. Ook hierbij geldt dat gewenst gedrag niet met regulering, en toezicht van de ACM hierop, is af te dwingen.

Ten derde wordt met een hybride marktordeningsmodel en alleen regulering onvoldoende recht gedaan aan het vitale karakter van collectieve warmtevoorzieningen en zou worden afgeweken van de gekozen benadering rondom eigendomseisen bij vergelijkbare vitale infrastructuren, zoals gas, elektriciteit en drinkwater (en spoor). Wat hiermee samenhangt is dat met deze optie in noodsituaties minder snel ingegrepen kan worden en er ook minder interventiemogelijkheden zijn dan met publiek aandeelhouderschap. Ook in crisissituaties met een bredere impact op de energievoorziening, zoals de recente energiecrisis, zijn er minder mogelijkheden om bedrijfseconomische afwegingen tijdelijk minder zwaar te laten wegen dan publieke belangen als betaalbaarheid en leveringszekerheid.

Ten vierde is bij enkel regulering en een hybride marktordeningsmodel de koppeling tussen bestuurlijke keuzes in de lokale warmtetransitie en bedrijfseconomische overwegingen van het aangewezen warmtebedrijf onvoldoende verankerd. Een gemeente zal bij het maken van bestuurlijke keuzes, bijvoorbeeld het inzetten van de instrumenten op grond van dit wetsvoorstel en de Wet gemeentelijke instrumenten warmtetransitie (hierna: Wgiw), onvoldoende geneigd zijn om rekening houden met de impact die dat heeft op het warmtebedrijf dat deze keuze moet vertalen naar concrete activiteiten. Dit heeft als risico dat een gemeente zijn bevoegdheden op grond van dit wetsvoorstel en de Wgiw onvoldoende inzet op een manier zodat het warmtebedrijf zijn opgave ook kan realiseren op een bedrijfseconomisch verantwoorde manier. Andersom geldt ook dat het aannemelijk is dat bij een hybride marktmodel warmtebedrijven minder geneigd zullen zijn rekening te houden met de belangen van andere warmtebedrijven in aangrenzende gebieden in de regio (door minder eenzijdig gewicht toe te kennen aan bedrijfseconomische afwegingen als de lokale of regionale warmtetransitie hiermee gediend is).

Ten vijfde blijven bij deze optie de maatschappelijke voordelen van publiek aandeelhouderschap voor de financiering, van het type investeringen die voor collectieve warmtevoorzieningen kenmerkend zijn, onbenut voor zover private warmtebedrijven worden aangewezen. Het is immers minder aannemelijk dat genoeg zal worden genomen met een lager rendement dan het vanuit private aandeelhouders gewenste rendement voor een privaat warmtebedrijf. Ook zal mogelijk minder sprake zijn van het benutten (van een deel) van het rendement voor herinvesteringen gericht op de versnelling van de warmtetransitie. Verder wordt aangenomen dat in sommige situaties publieke aandeelhouders tegen lagere rente kapitaal kunnen aantrekken en daarmee de kapitaallasten kunnen drukken. Dit voordeel wordt minder benut bij een hybride marktordeningsmodel. Tot slot heeft elke organisatie eigen beleid om investeringen te beoordelen, waarbij de looptijd alsmede de hurdle rate (hoe groot moet de winstgevendheid zijn gezien de noodzakelijke investering) van groot belang zijn. Het is de verwachting dat warmtebe-

drijven met een publiek meerderheidsbelang uitgaan van een lagere hurdle rate dan warmtebedrijven zonder een publiek meerderheidsbelang. Hierdoor kunnen de kosten van een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang uiteindelijk lager uitvallen ten opzichte van een situatie met een hybride marktordeningsmodel.

Tot slot is tijdens de maatschappelijke dialoog over warmte gebleken dat het wetsvoorstel, uitgaande van enkel regulering en een hybride marktordeningsmodel, niet gesteund werd door de medeoverheden en de infrastructuurbedrijven (zie ook paragraaf 20.4). Hierbij speelt de overtuiging van de medeoverheden mee dat de burger onvoldoende vertrouwen zal hebben in private warmtebedrijven. Waar woningen van het aardgas worden gehaald is naar verwachting het draagvlak groter als een warmtebedrijf betrokken is waarin een publieke partij doorslaggevende zeggenschap heeft. Een hybride marktordeningsmodel, waarbij ook volledig private warmtebedrijven kunnen worden aangewezen, zal het draagvlak voor de energietransitie daarom niet ten goede komen. Aangezien burgers in dit wetsvoorstel de keuzevrijheid krijgen om al dan niet aan te sluiten op een collectieve warmtevoorziening, is dit vertrouwen cruciaal voor de bereidheid om aan te sluiten op een collectieve warmtevoorziening. Deze bereidheid is nodig om de gewenste opschaling van collectieve warmtevoorzieningen te realiseren in lijn met de doelstellingen voor collectieve warmte in het Programma Versnelling Verduurzaming Gebouwde Omgeving (hierna: PVGO). Omdat de inhoud van het PVGO een vertaalslag vormt van de reductiedoelstellingen uit de Klimaatwet voor de gebouwde omgeving, zal het uitblijven van deze opschaling ook gevolgen hebben voor de Nederlandse klimaatdoelstellingen.

b. Ander minder ingrijpend alternatief: zelf voorzien

In de toelichting is in paragraaf 15.5, onder c, ook ingegaan op het door de Afdeling omschreven alternatief 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, aldus de Afdeling.

Met dit alternatief zouden gemeenten de mogelijkheid krijgen de aanwijzingsprocedure niet te volgen als de gemeente «zelf voorziet» in de collectieve warmtevoorziening door de oprichting van een warmtebedrijf waarvan de gemeente alle, althans meer dan de helft van de aandelen heeft met doorslaggevende zeggenschap. In alle overige gevallen zou een warmtebedrijf na het doorlopen van een aanwijzingsprocedure aangewezen worden. In het kader van de voorbereiding van dit wetsvoorstel is dit alternatief onderzocht. De landsadvocaat heeft bij brief van 3 juni 2024 advies uitgebracht over dit alternatief.

Allereerst vindt de Minister het niet wenselijk een dergelijk alternatief uit te werken omdat niet alle gemeenten een warmtebedrijf waarvan de gemeente alle, althans meer dan de helft van de aandelen heeft met doorslaggevende zeggenschap zullen oprichten. In voorkomend geval zullen gemeenten dan een aanwijzing aan bijvoorbeeld een privaat warmtebedrijf verlenen. Hierdoor heeft een publieke partij uiteindelijk geen doorslaggevende zeggenschap in het warmtebedrijf. Dit staat op gespannen voet met de doelstellingen van dit wetsvoorstel zoals toegelicht in paragraaf 1.2, onder c. Verder heeft de Minister geconcludeerd dat het ook niet mogelijk is in een aanwijzingsprocedure een

uitzondering te maken voor een warmtebedrijf waarvan de gemeente meer dan de helft van de aandelen heeft. Het door de Afdeling genoemde alternatief 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. 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.⁴⁸

c. Landelijke norm

Wat betreft de opmerking van de Afdeling dat uit de toelichting niet blijkt op welke wijze de lokale diversiteit zich verhoudt tot de wettelijk opgelegde eis van een publiek meerderheidsbelang, stelt de Minister zich op het standpunt dat de lokale verschillen niet een door de gemeenten bepaalde marktordening mogelijk maakt. Hoewel er een grote mate van diversiteit is, zijn lokale verschillen vooral technisch van aard. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om beschikbare warmtebronnen, dichtheid van de gebouwde omgeving, ondergrond en temperatuurniveau (zie ook toelichting in paragraaf 1.1). Deze verschillen raken niet aan de wijze waarop de marktordening voor collectieve warmtevoorzieningen het beste ingericht kan worden. Het zal niet mogelijk zijn gelet op de aard van de lokale verschillen een verschil in inbreuk op het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging per gemeente Europeesrechtelijk te rechtvaardigen. Europeesrechtelijk is niet te rechtvaardigen dat de ene gemeente het vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van vestiging inperkt door bijvoorbeeld te kiezen voor een publiek warmtebedrijf waarmee een privaat warmtebedrijf wordt uitgesloten, terwijl in een andere gemeente ook een privaat warmtebedrijf aangewezen kan worden. In beroepsprocedures aangespannen door warmtebedrijven die door lokale keuzes niet in de gelegenheid gesteld zullen worden een aanvraag in te dienen aangewezen te worden, is dit een uiterst kwetsbaar model. Er zal een uniform en coherent kader opgesteld moeten worden voor geheel Nederland net als bij andere nutsvoorzieningen zoals drinkwater, gas en elektriciteit.

Ook zou een dergelijk marktordeningsmodel tot gevolg kunnen hebben dat warmtebedrijven zonder een publiek meerderheidsbelang aangewezen zullen worden voor een warmtekavel. Hierdoor heeft een publieke partij uiteindelijk geen doorslaggevende zeggenschap in het warmtebedrijf hetgeen op gespannen voet staat met de doelstellingen van dit wetsvoorstel zoals toegelicht in paragraaf 1.2, onder c. In dit verband wijst de Minister ook op het advies van de landsadvocaat van 3 juni 2024 waarin de landsadvocaat tot de conclusie komt dat het bieden van ruimte aan gemeenten om, in het licht van lokale omstandigheden, warmtekavels te kunnen toewijzen aan warmtebedrijven zonder publiek meerderheidsbelang, niet verenigbaar is met de overwegingen die de keuze op nationaal niveau voor warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang rechtvaardigen en het risico met zich meebrengt dat de rechter oordeelt het vereiste van een publiek meerderheidsbelang wegens strijdigheid met het consistentievereiste niet gerechtvaardigd is.⁴⁹ Indien het gemeenten zou worden toegestaan om op lokaal niveau minder bescherming te bieden dan de wetgever op nationaal niveau voor ogen

⁴⁸ Advies van de landsadvocaat, 3 juni 2024, p. 3 en 5.

⁴⁹ Advies van de landsadvocaat, 3 juni 2024, p. 4 en 5.

heeft, kan dat 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.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt de onderzochte alternatieven in het kader van de marktordening van collectieve warmtevoorzieningen in een apart hoofdstuk (hoofdstuk 15) op te nemen. Daarbij is telkens nagegaan of de alternatieven (Europeesrechtelijk) mogelijk zijn en of met deze alternatieven de doelstellingen van dit wetsvoorstel gerealiseerd kunnen worden.

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.⁵⁰

De toelichting erkent dat in die situatie sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht.⁵¹ 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.⁵² 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.⁵³

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.⁵⁴ Weliswaar vermeldt de toelichting dat niet is gekozen voor de meest ingrijpende maatregel, maar zij maakt niet inzichtelijk of minder ingrijpende alternatieven zijn onderzocht.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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».

⁵² Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.2.1, «Artikel 1 EP EVRM».

⁵³ . 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.

⁵⁴ EHRM 20 september 2011, *OAQ 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.

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 balance). Daarbij wordt alleen stilgestaan bij factoren die een positieve invloed hebben op deze balans.⁵⁵ 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.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling onder punt a is de toelichting aangevuld met een overzicht van minder (en meer) ingrijpende alternatieven en een beoordeling waarom het vereiste van een publiek meerderheidsbelang in dit licht noodzakelijk en evenredig is om de doelstellingen van dit wetsvoorstel te realiseren. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in de onderbouwing van de fair balance (paragraaf 18.2.3) verwezen naar de beoordeling van meer en minder ingrijpende alternatieven. In dat kader is toegelicht dat een publiek meerderheidsbelang in een aangewezen warmtebedrijf noodzakelijk is om de doelstellingen van dit wetsvoorstel te realiseren en dat niet kan worden volstaan met minder ingrijpende maatregelen. De maatregel is mede daarom proportioneel, hetgeen bijdraagt aan de evenredigheid van de maatregel.

Wat betreft het onderscheid tussen ontneming en regulering van eigendom, is vanwege de verschillen tussen warmtebedrijven niet in algemene zin te bepalen of de verplichte overdracht van een warmtenet in verband met het vereiste van een publiek meerderheidsbelang voor de exploitatie van dat warmtenet leidt tot regulering of ontneming van eigendom. De Minister is evenwel van mening dat in algemene zin (zowel bij ontneming als regulering van eigendom) sprake is van een fair balance. Dit wetsvoorstel stelt namelijk een zeer ruime overgangsperiode van ten minste 14 jaar tot zelfs 30 jaar voor waarin de eigenaren van warmtebedrijven investeringen in hun warmtenet(ten) kunnen terugverdienen en die hen in staat stelt om te bepalen hoe ze als warmtebedrijf verder willen. Bovendien laat de verplichting van de overdracht van een warmtenet na afloop van deze lange overgangstermijn onverlet dat voor het warmtebedrijf, ook als privaat warmtebedrijf, nog exploitatiemogelijkheden overblijven. Nog los van het feit dat ook indien het warmtebedrijf na afloop van de overgangsperiode besluit om te sluiten, de activa van het bedrijf een meer dan te verwaarlozen waarde behouden. In aanvulling op deze overgangsperiode ontvangen warmtebedrijven ook een tegenprestatie voor het verplicht over te dragen warmtenet. Deze tegenprestatie betreft de vergoeding van de marktwaarde van het warmtenet, waarmee dus sprake is van schadeloosstelling zoals bij ontneming van eigendom aan de orde is. Bij het overdragen van een aanwijzing betaalt het nieuw aan te wijzen warmtebedrijf deze vergoeding conform de marktwaarde van het warmtenet aan het zittende warmtebedrijf. Het vergoeden van de

⁵⁵ Zoals de overgangsperiode en het bieden van nadeelcompensatie; zie memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.2.3, «Fair balance».

waarde van het over te dragen warmtenet in combinatie met de lange overgangsperiode zorgt er in ieder geval voor dat sprake is van een fair balance in geval van ontneming van eigendom en daarmee ook in geval van regulering van eigendom. Van het ontbreken van een fair balance bij de inmenging in het eigendomsrecht kan derhalve geen sprake zijn. Ik verwijs in dit verband ook naar het advies van de landsadvocaat van 5 april 2023 waarin de landsadvocaat tot de conclusie komt dat het in het licht van de bovenstaande het de vraag is hoeveel het uitmaakt of er sprake is van ontneming dan wel regulering van eigendom. De toelichting in paragraaf 18.2.3 is naar aanleiding van het advies van de Afdeling in deze zin aangevuld.

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.

Uit de toelichting in de paragrafen 1.2, onder c, en 17.1.6, van het wetsvoorstel zoals dat aan de Afdeling voor advisering is toegezonden volgt dat één van de redenen om in het wetsvoorstel het vereiste van een publiek meerderheidsbelang voor te schrijven is dat collectieve warmtevoorzieningen in toenemende mate van vitaal belang worden voor de warmtevoorziening in Nederland.

Met de voorziene groei zullen steeds meer verbruikers voor de levering van warmte volledig afhankelijk worden van collectieve warmtevoorzieningen. Er zijn immers niet of nauwelijks substituten beschikbaar op het moment dat er in een wijk of buurt een collectieve warmtevoorziening ligt. Om die reden is het borgen van de leveringszekerheid voor collectieve warmtevoorzieningen van wezenlijk belang. Met een publiek meerderheidsbelang kan bij acute noodsituaties sneller gehandeld worden en zijn er meer interventiemogelijkheden. Een acute noodsituatie hangt vaak samen met een (dreigend) faillissement. Een publieke aandeelhouder

heeft een groot belang om het niet zover te laten komen, omdat het gaat om de leveringszekerheid van de eigen burgers. Ook in crisissituaties met een bredere impact op de energievoorziening, zoals de recente energiecrisis, biedt publiek aandeelhouderschap de mogelijkheid om bedrijfseconomische afwegingen tijdelijk minder zwaar te laten wegen dan publiek belangen als betaalbaarheid en leveringszekerheid. Verder wordt met het voorschrijven van een publiek meerderheidsbelang ongewenste buitenlandse zeggenschap in vitale warmte-infrastructuur voorkomen. In de meest recente «Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden» is vanwege toegenomen risicovolle strategische afhankelijkheden het beter beschermen van vitale infrastructuur als één van de speerpunten genoemd.⁵⁶

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om bij de vergelijking met andere nutssectoren met een vitaal karakter nader in te gaan op de noodzaak van een publiek meerderheidsbelang, merkt de Minister op dat bij gas, elektriciteit en drinkwater aan de keuze voor publiek eigendom van de infrastructuurbedrijven en drinkwaterbedrijven vergelijkbare overwegingen ten grondslag lagen als in dit wetsvoorstel aan het publiek meerderheidsbelang.

Met de eigendomseis bij gas en elektriciteit werd voornamelijk beoogd om het publiek belang van leveringszekerheid veilig te stellen. Het voorschrijven van publiek eigendom in aanvulling op de regulering is daarvoor een geschikt middel, omdat publieke aandeelhouders zich niet «alleen leiden door commerciële overwegingen, maar ook oog zullen hebben voor de publieke belangen die spelen rondom de energievoorziening».⁵⁷ Aangegeven is dat met publiek eigendom sneller ingegrepen kan worden bij wanbeheer en dat de daarmee voor de energievoorziening vitale infrastructuren «veilig in Nederlandse publieke handen» blijven. Bij gas en elektriciteit worden, zoals opnieuw is vastgelegd in de Energiewet, de publieke belangen geborgd doordat sprake is van een gesplitst model met enerzijds publiek onafhankelijk netbeheer en anderzijds vrije leverancierskeuze.

Bij drinkwater is de eis van publiek eigendom niet beperkt tot de partij die de infrastructuur beheert, omdat drinkwaterbedrijven net als warmtebedrijven integrale bedrijven zijn. De drinkwatervoorziening wordt beschouwd als vitale infrastructuur.⁵⁸ Vanwege het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid, continuïteit en betaalbaarheid van deze vitale infrastructuur is gekozen om publiek eigendom te verankeren in de Drinkwaterwet. Wat ook een belangrijke rol heeft gespeeld bij het maken van deze keuze is dat de drinkwatervoorziening kenmerken heeft van een natuurlijk monopolie. Bij drinkwater is gekozen voor volledig publiek eigendom omdat sinds de opkomst van de eerste drinkwaterbedrijven aan het eind van de negentiende eeuw de bedrijven – op enkele uitzonderingen na – steeds in overheidshanden zijn geweest.⁵⁹

In dit wetsvoorstel is voorgesteld een publiek meerderheidsbelang in warmtebedrijven voor te schrijven. Zoals toegelicht in paragraaf 1.2, onder b, is in dit wetsvoorstel niet gekozen voor een gesplitst model als bij gas en elektriciteit maar voor een integraal warmtebedrijf vergelijkbaar met drinkwaterbedrijven. Bij warmte wegen, gegeven onder meer het

⁵⁶ De Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden (2023): <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2023/04/03/veiligheidsstrategie-voor-het-koninkrijk-der-nederlanden>

⁵⁷ Kamerstukken II 2006/07, 30 212, D, p. 9.

⁵⁸ Beleidsnota Drinkwater (2021–2026): <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-ae2317be-417a-409f-bd2d-59ec08a55620/pdf>

⁵⁹ Kamerstukken II 2008/09, 30 895, D, p. 2.

lokale karakter van de voorziening, de voordelen van een gesplitst model niet op tegen de nadelen. Hierdoor is het niet mogelijk alleen het publiek eigendom van een netbeheerder voor te schrijven.

In het wetsvoorstel is een publiek meerderheidsbelang voorgeschreven: een 100% publieke deelneming is mogelijk maar geen vereiste. Aldus is in dit wetsvoorstel niet de meest verregaande vorm van publieke zeggenschap voorgesteld omdat het beoogde doel op een minder vergaande wijze bereikt kan worden. Een publiek meerderheidsbelang volstaat omdat met dat belang een publieke partij het beleid en de strategie van het warmtebedrijf kan bepalen en ook doorslaggevende zeggenschap heeft over de infrastructuur. Op deze wijze is rekening gehouden met het feit dat – anders dan bij drinkwater – in de huidige warmtesector een groot deel van de warmtebedrijven in private handen zijn.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de toelichting in paragraaf 1.2, onder c, aangevuld en is nader ingegaan op de bovenstaande punten.

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 aandeelhouderschap zorgt er volgens de toelichting voor dat overheden «meedelen in de risico's en in de voordelen die bij die keuzes horen».⁶⁰

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.⁶¹ 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.⁶² 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 gebouw eigenaren dat niet wenst te worden aangesloten toeneemt, het voor de overige gebouw eigenaren steeds minder aantrekkelijk zal worden om aangesloten te worden op de

⁶⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, «Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel».

⁶¹ Rapport *Effecten van publiek eigendomsverplichting op de realisatiekracht voor collectieve warmtesystemen* (Rapport PwC van 5 augustus 2022), bijlage bij Kamerstukken II 2022/23, 30 196, nr. 800, p. 26.

⁶² Zie onder meer memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, «Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel».

collectieve warmtevoorziening. De kosten zullen dan immers over een kleiner aantal partijen worden verdeeld.⁶³

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,⁶⁴ 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 onzekerheden kunnen bijvoorbeeld de aansluitmogelijkheden, de kosten daarvan,⁶⁵ 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).⁶⁶ Gebouweigenaren kunnen dat aanbod daarna nog (expliciet) weigeren of drie jaar na aanvang van de warmtelevering de overeenkomst beëindigen.⁶⁷ 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.

⁶³ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.8, «Aansluiten op of afsluiten van een collectieve warmtevoorziening».

⁶⁴ Zie ook hierna paragraaf 3 van dit advies.

⁶⁵ Zie ook paragraaf 3.b van dit advies.

⁶⁶ Zie voorgesteld artikel 2.25 van de Wet collectieve warmte.

⁶⁷ Voorgesteld artikel 2.25, tweede en derde lid, en artikel 2.27, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

Niet-marktconforme selectieve begunstiging met staatsmiddelen levert potentieel een aanmeldingsplichtige steunmaatregel op.⁶⁸

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.⁶⁹ Bestuurlijke keuzes kunnen dus onder omstandigheden een begunstiging opleveren die, als alternatief voor een rechtstreekse 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.

In reactie op het besluit ten aanzien van een publiek meerderheidsbelang, is een groot aantal medeoverheden en andere publieke bedrijven gestart met het verkennen van de mogelijkheid om te participeren in of het oprichten van warmtebedrijven. De rol van de gemeente is om de regie te voeren op de warmtetransitie en om samen met provincies en andere publieke aandeelhouders (direct of indirect) deel te nemen in publieke warmtebedrijven. Het publieke aandeelhouderschap van lokale medeoverheden kan in beginsel verkregen worden via een bijdrage uit de eigen begroting, dan wel via leningen. Het wetsvoorstel biedt dan ook geen directe financiële verplichting voor het Rijk mee conform artikel 2 Financiële verhoudingswet. Het Rijk ondersteunt de aanleg van warmtenetten rechtstreeks via de Warmtenetten investeringssubsidie (hierna: WIS). De opbouw van publieke realisatiekracht van medeoverheden wordt versterkt door het oprichten van een waarborgfonds warmtenetten, waarvoor middelen zijn gereserveerd en de benodigde onderzoeken opgestart worden. Met dit fonds kan het door publieke aandeelhouders in te brengen kapitaal beperkt worden, en wordt standaardisatie sterk gestimuleerd. Dit instrument wordt in nauw contact met de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG) ontwikkeld. Hiermee ondersteunt het Rijk de opbouw van de publieke realisatiekracht, en wordt het voor publieke aandeelhouders en bestaande warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang makkelijker om te investeren in collectieve warmtevoorzieningen. Ook verkent de Minister de mogelijkheid van een nationale deelneming die naast decentrale overheden en bestaande publieke partijen kan participeren in warmtebedrijven (artikel 11.6). Een eventuele nationale deelneming kan ook gebruik maken van voornoemde waarborgfonds. Voor het oprichten van een nationale deelneming zijn op dit moment nog geen middelen beschikbaar, bij een besluit hiertoe zal dekking dienen te worden gevonden. Voor de feitelijke aanleg van een collectieve warmtevoorziening zal elk type warmtebedrijf een beroep moeten doen op dezelfde partijen uit de bouwsector en aannemerij.

Met het publiek meerderheidsbelang worden de financiële risico's die door de Afdeling worden geschetst beter beheersbaar. Een kenmerkend financieel risico voor de ontwikkeling van collectieve warmtevoorzieningen is dat deze niet tijdig vollopen. Het publiek meerderheidsbelang zal er naar verwachting voor zorgen dat gemeenten hun bevoegdheden op

⁶⁸ Artikel 107, eerste lid, juncto artikel 108, derde lid, VWEU.

⁶⁹ HvJEG 23 maart 2006, zaak C-237/04, *Enirisorse*, ECLI:EU:C:2006:197, punt 42.

grond van dit wetsvoorstel en ook de Wgiw zodanig inzetten dat dit financiële risico beperkt zal worden. In dit wetsvoorstel heeft de gemeente invloed op waar en wanneer er binnen de warmtekavel een collectieve warmtevoorziening dient te worden aangelegd. Keuzes die hierin worden gemaakt hebben grote impact op de hoogte van het volloopprijs. Ook zal een gemeente als publieke aandeelhouder nog sterker geprikkeld worden om het participatieproces zodanig vorm te geven dat burgers zoveel mogelijk aansluiten op een voorziene collectieve warmtevoorziening. Ook een keuze door de gemeente om op grond van de Wgiw in het omgevingsplan vast te stellen dat in een bepaald gebied het gebruik van gas (op termijn) niet langer is toegestaan betekent een betekenisvolle beperking van het volloopprijs. Een gemeente zal sneller geneigd zijn om dit instrument in te zetten als deze gelijktijdig ook publieke aandeelhouder is van het warmtebedrijf die het financiële risico voor een tijdig volloop draagt. Met het oog hierop draagt een publiek meerderheidsbelang naar verwachting bij aan het beperken van de door de Afdeling genoemde risico's. Het aandachtspunt van de Afdeling dat financiële bijdragen van publieke aandeelhouders moeten voldoen aan de staatssteunkaders, worden door de Minister onderkend.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is paragraaf 1.2, onder c, van de toelichting aangevuld.

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.⁷⁰

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.⁷¹ 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.⁷²

⁷⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1, «Aanleiding en doel van het wetsvoorstel».

⁷¹ Kamerstukken I 2023/24, 28 165, AG.

⁷² 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.

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 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.

Wat betreft het advies van de Afdeling nader in te gaan op wat de diversiteit aan belangen van publieke aandeelhouders betekent voor het behalen van de verschillende doelstellingen van het wetsvoorstel merkt de Minister op dat het niet in de lijn der verwachting ligt dat publieke aandeelhouders in het geval van warmte meer waarde zullen hechten aan dividendinkomsten dan aan het publieke belang van bescherming van verbruikers, waarmee in het bijzonder de betaalbaarheid van collectieve warmte wordt bedoeld. Allereerst kan worden genoemd dat de aanleg en exploitatie van collectieve warmtesystemen een directe impact zal hebben op burgers, waardoor zij naar verwachting de invulling van het publiek aandeelhouderschap kritisch zullen volgen en via de democratische weg hier ook aandacht voor vragen. Er zal dus sterke democratische controle zijn op de invulling van het publiek aandeelhouderschap. Anderzijds ligt het, zoals toegelicht in paragraaf 1.3, voor de hand dat er nieuwe (in meerderheid) publieke warmtebedrijven op regionale of provinciale schaal zullen ontstaan. Door de variëteit aan aandeelhouders die dit met zich meebrengt zal naar verwachting ook een zekere mate van publieke zakelijkheid ontstaan, waardoor er vanuit een integrale visie op het energiesysteem kan worden gestuurd en het mogelijke risico dat de lokale aandeelhouder eenzijdige lokale belangen laat prevaleren zal worden gecorrigeerd.

Hoewel er verschillen kunnen zijn in de wijze waarop het aandeelhouderschap van de publieke aandeelhouders wordt ingevuld, gaat de Minister er om genoemde redenen van uit dat publieke aandeelhouders in den brede gericht zullen zijn om te handelen in lijn met de publieke belangen. Een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang zal naar verwachting publieke belangen als consumentenbescherming, duurzaamheid of betaalbaarheid zwaarder laten wegen dan commerciële belangen. Het beleid en de strategie van het bestuur van een dergelijk warmtebedrijf wordt minder onderworpen aan de prikkel tot winstmaximalisatie die onvermijdelijk samenhangt met private aandeelhouders die zeggenschap uitoefenen. In het geval er alsnog verschillen van inzicht ontstaan over de manier waarop hier invulling aan gegeven dient te worden, kan via de weg van de formele besluitvormingsprocedures binnen deze warmtebedrijven hierover een besluit worden genomen.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de toelichting in paragraaf 1.2, onder c, in het licht van het bovenstaande aangevuld.

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 efficiëntieprikkels.⁷³ 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.⁷⁴ 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.

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 tariefregulering⁷⁵ wordt gedragen door de gebonden verbruikers. Er wordt bijvoorbeeld niet

⁷³ Voorgestelde artikelen 7.2 tot en met 7.7 van de Wet collectieve warmte.

⁷⁴ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, 22 maart 2017, nr. W.15.17.0005/IV (Kamerstukken II 2016/17, 34 723, nr. 4).

⁷⁵ 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.

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's⁷⁶ 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 vollooprisico.⁷⁷

Indien het aantal aansluitingen binnen de warmtekavel lager uitvalt dan verwacht, moeten dezelfde kosten over een kleinere groep gebouwegenaren worden uitgesmeerd. Dit leidt tot hogere tarieven per gebouwegenaar. Het aantal aansluitingen kan lager uitvallen dan verwacht doordat gebouwegenaren voor een alternatieve warmtevoorziening kiezen of doordat gebouwegenaren 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.⁷⁸ 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 warmtesystemen vaak nog niet rendabel zijn vanwege de hoge aanloopkosten en een nog beperkt aantal aansluitingen.⁷⁹

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.»⁸⁰ De toelichting maakt echter niet duidelijk in welke mate aanvullende publieke middelen noodzakelijk zullen zijn om de betaalbaarheid van de tarieven te waarborgen.

⁷⁶ Zoals de bevoegdheid van de ACM om regulatorische accountingregels vast te stellen en verbetering van de transparantie van de tariefopbouw.

⁷⁷ Het vollooprisico is het risico dat de vraag naar warmte achterblijft op de afzet die wordt verwacht ten tijde van het investeringsbesluit.

⁷⁸ Ecorys & SEO, «Regulering van de Nederlandse warmtevoorziening», 2020.

⁷⁹ Collectieve warmtesystemen worden rendabeler naarmate ze ouder worden, zo blijkt uit de Rendementsmonitoring warmteleveranciers 2021-2022 | ACM.nl.

⁸⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 15.4, «Financiële instrumenten».

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.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in paragraaf 8.1.3 van de toelichting een samenhangende beschouwing opgenomen waarin de mogelijke risico's ten aanzien van de hoogte van de tarieven zijn benoemd en maatregelen ter beheersing van deze risico's in samenhang worden gezien. Het gaat met name om het risico op grote tariefverschillen tussen warmtekavels en het risico op stijgingen van de tarieven op het moment dat fase 2 van de tariefregulering in werking treedt. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen nieuwe en bestaande collectieve warmtesystemen.

Nieuwe collectieve warmtesystemen en uitbreidingen

Het uitgangspunt is dat gemeenten bij het vaststellen van een warmtekavel alleen in die wijken zullen kiezen voor collectieve warmte waar dit maatschappelijk gezien de meest efficiënte oplossing is. Hierbij ligt het voor de hand dat gemeenten rekening houden met enerzijds de door de Afdeling geschetste (te voorziene) risico's zoals het volloopriscico van het collectieve warmtesysteem, realisatierisico's in de bestaande bouw, alsmede de duurzaamheidseisen voor collectieve warmtesystemen, en anderzijds het instrumentarium dat kan worden ingezet om de consequenties van deze risico's voor de tarieven te beperken. Dit betekent in principe dat wanneer de eindgebruikerskosten in lijn zijn met de maatschappelijke kosten, het risico op onaanvaardbaar hoge kosten voor de verbruikers wordt beperkt. Bovendien moet de gemeente de betaalbaarheid van het collectieve warmtesysteem borgen als zij gebruik maken van de aanwijsbevoegdheid uit de Wgiw en besluiten de levering van aardgas in een gebied te beëindigen.

Om de businesscase van een collectief warmtesysteem te verbeteren en de betaalbaarheid voor de eindgebruiker bij kostengebaseerde tarieven te verhogen en tariefdifferentiatie tussen de warmtekavels te verminderen, zijn er reeds verschillende instrumenten die ingezet kunnen worden. Zo zijn er subsidies beschikbaar voor warmtebronnen (SDE++-regeling) en de aanleg van warmtesystemen (de WIS). Daarnaast zijn er verschillende instrumenten beschikbaar voor gebouw-eigenaren om zich op collectieve warmte aan te sluiten, bijvoorbeeld de ISDE-regeling, SAH-regeling, Subsidieregeling verduurzaming voor verenigingen van eigenaars (SVVE) en het Warmtefonds. Ook zijn er verschillende nieuwe financieringsinstrumenten in voorbereiding zoals een waarborgfonds en een nationale deelneming, die het risico voor warmtebedrijven (waaronder het volloopriscico) verder beperken. Deze financieringsinstrumenten moeten leiden tot een verlaging van de financieringskosten en als gevolg daarvan ook tot een verlaging van de tarieven. Ten slotte kan het publiek meerderheidsbelang in aangewezen warmtebedrijven ook bijdragen aan de betaalbaarheid, omdat een warmtebedrijf met publiek meerderheidsbelang naar verwachting uit eigen beweging publieke belangen als consumentenbescherming, duurzaamheid of betaalbaarheid zwaarder zal laten wegen dan commerciële belangen.

Aanvullend worden maatregelen verkend die ervoor zorgen dat collectieve warmte een aantrekkelijk alternatief is en blijft ten opzichte van andere warmteoplossingen. Het uitgangspunt is daarbij dat wanneer

collectieve warmte maatschappelijk gezien de beste oplossing is, ook wordt geborgd dat dit voor de gebruiker geldt. Hiervoor wordt gekeken naar verschillende beleidsopties die de betaalbaarheid kunnen borgen en verschillen in betaalbaarheid, zowel tussen collectieve warmtesystemen onderling als collectieve warmte in vergelijking met andere verwarmings-technieken, kunnen verkleinen. Hierbij wordt gekeken naar het verbreden van bestaande investeringssubsidies, alsmede instrumenten die zekerheid bieden over de hoogte van de warmterekening voor alle woningen die zijn aangesloten op een collectief warmtesysteem of voor kwetsbare huishoudens. Deze opties worden onderzocht, onafhankelijk getoetst, en met een brief zal de Tweede Kamer van de resultaten op de hoogte worden gesteld. Aan de hand van de resultaten zal een besluit kunnen worden genomen om één of meer opties nader te verkennen. Hierbij dient ook gekeken te worden naar maatvoering en financiële dekking.

Bestaande collectieve warmtesystemen

Bestaande warmtekavels kunnen door historische ontwikkeling of calamiteiten relatief hoge efficiënte kosten hebben. Daarnaast kunnen bestaande collectieve warmtesystemen niet met terugwerkende kracht gebruik maken van later inwerking getreden subsidieregelingen en flankerend beleid. Bij de overstap naar kostengebaseerde tarieven zijn er dus minder mogelijkheden om bij te sturen op de maatschappelijke aanvaardbaarheid van kostengebaseerde tarieven voor bestaande collectieve warmtesystemen dan dat die er zijn voor nieuwe collectieve warmtesystemen. Ook zullen bestaande collectieve warmtesystemen veelal een verduurzamingsopgave hebben. In de reactie op punt 4 van het advies van de Afdeling wordt toegelicht hoe wordt omgegaan met mogelijk (te) hoge kosten voor het verduurzamen van bestaande collectieve warmtesystemen.

Enig inzicht in de kostenverschillen tussen bestaande collectieve warmtesystemen kan verkregen worden op basis van de data uit de rendementsmonitor van de ACM uit 2021. Op basis van deze data is de eerste, voorlopige indicatie dat ongeveer de helft van de gebruikers van bestaande warmtevoorzieningen, dat wil zeggen ongeveer 45%-64%, onder kostengebaseerde tariefregulering minder zal gaan betalen dan het NMDA-tarief. Een beperkter aantal gebruikers (ongeveer 5% á 10%) zal op basis van deze voorlopige analyse meer dan 50% meer betalen dan gemiddeld.

Voor 1%-3% van de gebruikers kunnen de tarieven meer dan twee keer de gemiddelde warmteprijs bedragen. Zonder aanvullend flankerend beleid zou een dergelijke stijging voor sociaal kwetsbare huishoudens kunnen leiden tot een verhoging van de energie-armoede. Deze cijfers hebben echter slechts beperkte waarde omdat de kostendata uit de rendementsmonitor niet verzameld zijn met het doel om precieze inschatting te geven van kosten per warmtenet, maar met het doel om een globaal beeld te kunnen geven van de rendementen in de gehele warmtesector. Zo wordt er bijvoorbeeld geen onderscheid gemaakt tussen efficiënte en inefficiënte kosten. Daarnaast is de precieze uitwerking van de kostengebaseerde tarieven nog niet bekend, waardoor het nog niet duidelijk is of alle kostenverschillen ook tot tariefverschillen zullen leiden.

De hierboven geschetste variatie in de warmtetarieven die in de Nederlandse situatie zou kunnen optreden sluit aan bij wat kan worden verwacht op basis van de praktijk in andere landen.⁸¹ In Denemarken bijvoorbeeld betalen de klanten van de duurste warmtenetten ongeveer drie à vier keer zo veel als klanten van de goedkoopste warmtenetten. Ook

⁸¹ Danish Energy Agency (2023)

in Finland en Zweden zijn de tariefverschillen tussen warmtenetten aanzienlijk.^{82, 83} In landen waar tariefverschillen al langer bestaan, lijken deze geaccepteerd te zijn. Er zijn in ieder geval geen aanwijzingen dat prijsdifferentiatie tot maatschappelijke discussies leidt. Denemarken en Zweden behoren ondanks de aanzienlijke prijsverschillen tot de landen waar men het meest tevreden is over tarieven en collectieve warmte in het algemeen.⁸⁴

Uitwerking tariefregulering

Tariefverschillen zijn een directe consequentie van de keuze voor kostengebaseerde tarieven en zijn ook nodig voor de juiste prikkels. Waar kosten relatief laag zijn, zal het vaak ook maatschappelijk gewenst zijn dat er gekozen wordt voor collectieve warmte. Gemeenten zullen dit meenemen in hun besluitvorming om op bepaalde locaties wel of niet voor collectieve warmte te kiezen.

Het is op dit moment beperkt mogelijk om de financiële impact van de fase 2 tariefregulering te kwantificeren. Betrouwbare gegevens over de kosten van afzonderlijke collectieve warmtevoorzieningen en kostendrijvers zijn op dit moment nog niet beschikbaar. Ook is de precieze uitwerking van de tariefregulering, die medebepalend zal zijn voor de mate waarin de kostenverschillen zullen leiden tot tariefverschillen, nog niet bekend.

In de uitwerking van de tariefregulering in het Besluit collectieve warmte (hierna: Bcw) worden instrumenten opgenomen waarmee de risico's op hoge tarieven voor zowel nieuwe als bestaande collectieve warmtesystemen worden beperkt. Zo bevat de voorgenomen uitwerking van het Bcw de bevoegdheid voor de ACM om in fase 2 de kosten gedeeltelijk te normeren op basis van de gemiddelde kosten. Normering zal de kostenspreiding en het risico op plaatselijk heel hoge tarieven verminderen. Daarnaast bestaat het voornemen om aan de ACM in de lagere regelgeving de mogelijkheid te geven om gegevens uit het uitgewerkt kavelplan te gebruiken als basis voor tariefregulering, waarmee gemeenten en verbruikers meer zekerheid krijgen over de toekomstige tarieven.

Fase 2 tariefregulering treedt bovendien in werking bij klein koninklijk besluit. Voorafgaand aan dit besluit zal de uitwerking van de kostengebaseerde tariefsystematiek in relatie tot het flankerend beleid en de resulterende eindgebruikerskosten moeten worden gezien. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling wordt, in aanvulling hierop onder punt iii ingegaan op het instellen van een tarieflimiet om excessief hoge kosten als gevolg van historisch gegroeide situaties of calamiteiten te voorkomen.

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 terugverdient. Op die manier moet het voor gemeenten inzichtelijk worden of een collectieve warmtevoorziening

⁸² Finnish Energy (2023), <https://energia.fi/en/statistics/district-heating-statistics>

⁸³ Egüez, A (2021), District heating network ownership and prices: The case of an unregulated natural monopoly, Utilities Policy 72.

⁸⁴ Billerbeck, A. et al (2023) Perception of district heating in the context of price regulation, 2023 19th International Conference on the European Energy.

het alternatief met de laagste maatschappelijke kosten is,⁸⁵ wat bijdraagt aan lokaal efficiënte keuzes.⁸⁶

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.⁸⁷ 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.⁸⁸ In het globaal kavelplan, op basis waarvan het warmtebedrijf wordt aangewezen, dient hiervan een beschrijving op hoofdlijnen te worden gegeven.⁸⁹

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.⁹⁰ 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 eerdergenoemde 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 warmtekavel, het aanwijzen van een warmtebedrijf en het instemmen met een uitgewerkt kavelplan, en de toelichting aldus aan te vullen.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de toelichting aangevuld. Voorafgaand aan het vaststellen van een warmtekavel zal een gemeente naar verwachting inventariseren welke mogelijkheden er zijn voor het ontwikkelen van collectieve warmte zodat zij de omvang van de kavel hierop aan kan passen. Het ligt voor de hand dat gemeenten bij deze inventarisatie zullen kijken naar verschillende mogelijke combinaties van

⁸⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 19.1, «Consultatie».

⁸⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2.i, «Transparante en kostengebaseerde tarieven».

⁸⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.3, «Uitgewerkt kavelplan».

⁸⁸ Voorgesteld artikel 2.15, tweede lid, onderdelen h en i, van de Wet collectieve warmte.

⁸⁹ Voorgesteld artikel 2.5, vijfde lid, onderdeel b, van de Wet collectieve warmte.

⁹⁰ Vergelijk ook SiRM, «Tariefregulering warmtebedrijven voor kleinverbruikers, Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat», 30 januari 2019.

warmtebronnen, infrastructuur en afzet en de consequenties van deze combinaties voor de (toekomstige) eindgebruikers in termen van verschillen in eindgebruikerskosten en emissies.

Bij de aanvraag om een aanwijzing zal het warmtebedrijf een globaal kavelplan moeten overleggen. Onderdeel daarvan is een beschrijving op hoofdlijnen van de onderdelen van een uitgewerkt kavelplan en derhalve zal het op hoofdlijnen informatie moeten bevatten over indicatieve tarieven. Een aangewezen warmtebedrijf moet vervolgens een uitgewerkt kavelplan opstellen met daarin opgenomen een indicatie van kosten en tarieven. In lagere regelgeving zal worden opgenomen dat warmtebedrijven hiervoor een door de ACM vastgesteld format en rekenmodellen moeten gebruiken. De indicatieve tarieven worden dan onderbouwd met de kostencomponenten waaruit deze zijn opgebouwd en, indien deze beschikbaar zijn, met de bijbehorende indexatie-indices of openbare marktcijfers. De tarieven kunnen op deze wijze voorspelbaar meebewegen gedurende de periode tussen het vaststellen van het uitgewerkt kavelplan en het doen van een aanbod om aan te sluiten en de leveringsovereenkomsten. Het college kan weigeren met een uitgewerkt kavelplan in te stemmen als het deze (indicatie van de) kosten en tarieven maatschappelijk onaanvaardbaar acht. Daarnaast zal in lagere regelgeving aan de ACM de mogelijkheid worden gegeven om in fase 2 de indicatie van de vaste kosten, zoals opgenomen in het uitgewerkt kavelplan, op te nemen als norm in de tariefformule voor de transport- en leveringstarieven. Hiermee komt de indicatie zoals weergegeven in het uitgewerkt kavelplan ook tot uiting in de gereguleerde tarieven, wat in ieder geval meer zekerheid biedt over het toekomstige vaste tarief. Ten slotte kunnen de potentiële verbruikers ervoor kiezen om niet op een collectieve warmtevoorziening aan te sluiten, maar een alternatieve duurzame warmteoplossing te realiseren in de woning of het gebouw.

De Wgiw regelt bovendien dat de gemeente de betaalbaarheid moet borgen als zij, naast het aanwijzen van de warmtekavel, ook in het omgevingsplan opneemt dat het transport van aardgas op termijn wordt beëindigd en er in het aangewezen gebied een verbod op het gebruik van fossiele brandstoffen wordt geïntroduceerd (de zogenoemde aanwijsbevoegdheid). Bij het wijzigen van het omgevingsplan, wat ook plaatsvindt bij uitbreiding of inbreiding van bestaande collectieve warmtevoorzieningen, moeten gemeenten inzicht geven in de betaalbaarheid van de verduurzamingsmaatregelen voor de verschillende gebouweigenaren en -gebruikers in de wijk. In het ontwerpBesluit gemeentelijke instrumenten warmtetransitie worden instructieregels opgenomen ten aanzien van wanneer het voor het overgrote deel van de wijk betaalbaar is en wanneer dus de aanwijsbevoegdheid ingezet mag worden.

Zo is er bij elke volgende stap in de ontwikkeling van een nieuw collectief warmtesysteem een beter inzicht in de toekomstige warmtetarieven, alsmede voor gemeenten een optie om bij te sturen.

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 warmtekavel⁹¹ 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 warmtesys-

⁹¹ Als gevolg waarvan mogelijkheden van verevening van kosten voor sommige warmtebedrijven zullen afnemen.

temen met een Warmte Koude Opslag (WKO) als warmtebron een verschil van factor vijf.⁹²

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.⁹³ 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.

De Afdeling vraagt om inzicht in de financiële gevolgen van de wijzigingen in tariefregulering voor verbruikers. In de reactie op het advies van de Afdeling in paragraaf 3, onderdeel a, onder i, is hier voor zover mogelijk op ingegaan. Daarnaast vraagt de Afdeling om in te gaan op de mogelijkheden om (te) grote verschillen in tarieven te dempen.

Onder de huidige tariefsystematiek op grond van de Warmtewet en onder de tariefsystematiek van fase 1 op grond van het wetsvoorstel, waar nog steeds een maximaal tarief op basis van de gasreferentie wordt vastgesteld, socialiseren warmtebedrijven binnen hun eigen portfolio van collectieve warmtesystemen. Hierdoor betalen de verbruikers van goedkope warmtesystemen mee aan de kosten van duurdere warmtesystemen. Socialisering binnen een warmtebedrijf is na invoering van kostengebaseerde tariefregulering (fase 2) niet wenselijk. Het biedt alleen een oplossing voor verbruikers van grote warmtebedrijven met meerdere warmtekavels, en niet voor verbruikers van kleine warmtebedrijven. Daarmee worden grote warmtebedrijven bevoordeeld en kleine, bijvoorbeeld gemeentelijke of coöperatieve warmtebedrijven benadeeld. Bovendien leidt socialisering binnen het warmtebedrijf tot minder transparantie over de kosten van de collectieve warmtevoorziening op de warmtekavel, wat relevant is voor de gemeente in haar keuze voor collectieve warmte.

Om excessief hoge tarieven als gevolg van historisch gegroeide situaties of calamiteiten in een warmtekavel te voorkomen, wordt onderzocht of in het wetsvoorstel naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling (en eerder ook van de ACM) de mogelijkheid kan worden opgenomen om een tarieflimiet op te nemen. Een dergelijke bepaling zou betekenis kunnen toekomen als er naar verwachting excessief hoge tarieven zullen ontstaan op bepaalde warmtekavels en het subsidie-instrumentarium onvoldoende is om dit op te vangen. Dit wordt voor het eerst relevant als fase 2 van de tariefregulering in werking is getreden. Omdat het uitgangspunt van de kostengebaseerde tariefregulering is dat warmtebedrijven hun efficiënte kosten en een redelijk rendement kunnen terugverdienen, zal het aangewezen warmtebedrijf dat te maken krijgt met een dergelijke

⁹² TNO, *Toezicht op kostengebaseerde tarieven*, Review Gegevens Rendementsmonitor, (8 augustus 2023), p. 29, via Review Gegevens Rendementsmonitor (acm.nl).

⁹³ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 19.7, «Uitvoerings- en handhavingstoets ACM».

tarieflimiet het verschil tussen de tarieflimiet en de door hem berekende maximumprijs voor de warmtekavel vergoed moeten krijgen. Onderzocht wordt of de financiële middelen voor dergelijke vergoedingen verkregen kunnen worden door een herverdeling van kosten en baten binnen de warmtesector. De invoering van een dergelijke tarieflimiet zal een nota van wijziging van het wetsvoorstel vergen.

Zoals aangegeven in de reactie op het advies van de Afdeling in paragraaf 3, onderdeel a, onder i, wordt in de zomer een brief naar de Tweede Kamer gestuurd waarin de probleemanalyse en voorstellen voor mogelijke andere oplossingen voor het betaalbaarheidsvraagstuk worden geschetst.

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,⁹⁴ de technische eisen waaraan de binneninstallatie en de warmtebehoefte van het gebouw moeten voldoen en de te verwachten datum waarop de levering zal aanvangen.⁹⁵

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 volgens de toelichting van belang dat het warmtebedrijf duidelijke informatie verstrekt over wat het warmtebedrijf aanbiedt en wat de gebouweigenaar zelf moet regelen.⁹⁶

Een gebouweigenaar is dus zelf verantwoordelijk voor een voldoende geïsoleerde woning volgens de eisen die het warmtebedrijf stelt.⁹⁷ 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.⁹⁸ Niet uit te sluiten is dat er ingrijpende inpassende aanpassingen nodig kunnen zijn aan een woning, zoals ingrijpende werkzaamheden aan de binneninstallatie of het verbeteren of aanbrengen van isolerende maatregelen.

⁹⁴ Betrekking hebbend op de minimum- en maximumtemperatuur, de soort van de te leveren warmte en de tarieven.

⁹⁵ Voorgesteld artikel 2.24 van de Wet collectieve warmte.

⁹⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.8, «Aansluiten op of afsluiten van een collectieve warmtevoorziening».

⁹⁷ «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.

⁹⁸ Zie in dat verband ook de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets (hierna: UHT-toets) van de ACM over het wetsvoorstel van 13 juli 2023, p. 5.

Dit doet in het bijzonder de vraag rijzen hoe eigenaren hierin kunnen worden ondersteund. Dit geldt vooral, maar niet uitsluitend, voor de financiële ondersteuning.⁹⁹ 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.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in paragraaf 3.7.8 onder de kop «aanbod van het warmtebedrijf» ingegaan op de ondersteuning van gebouweigenaren ten aanzien van het laten voldoen van het gebouw aan de minimale eisen die noodzakelijk zijn om verblijfsruimten met de door het warmtebedrijf geleverde warmte voldoende te kunnen verwarmen. Toegelicht is dat gebouweigenaren voor ondersteuning een beroep kunnen doen op de diverse informatiebronnen, zoals de website verbeterjehuis.nl en de via die website te vinden gemeentelijke energieloketten. Voor financiële ondersteuning kunnen gebouweigenaren en bewoners een beroep doen op regelingen als de Investeringssubsidie duurzame energie en energiebesparing (ISDE-regeling) en het warmtefonds. Daarnaast zal een gemeente in het stakeholdersproces rondom de besluitvorming over de warmtetransitie en een mogelijke keuze voor collectieve warmte ook goed moeten communiceren over de mogelijke gevolgen voor gebouweigenaren en hen daarbij indien nodig ondersteunen. Op deze wijze zal rekening gehouden kunnen worden met het verschil in doenvermogen van gebouweigenaren en bewoners.

c. Leveringszekerheid en noodvoorzieningen

Volgens de toelichting is het bij de levering van warmte noodzakelijk dat de continue beschikbaarheid daarvan wordt gewaarborgd.¹⁰⁰ Een aangewezen warmtebedrijf heeft onder meer tot taak op een doelmatige wijze de continuïteit van de levering van warmte zeker te stellen.¹⁰¹ Daartoe moet het warmtebedrijf aan een aantal verplichtingen voldoen, zoals het opstellen van een investeringsplan en het indienen van een leveringszekerheidsrapportage.¹⁰²

Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in verschillende maatregelen om bij (dreigende) leveringszekerheidsproblemen te kunnen interveniëren. De ACM kan onder meer een ander dan het warmtebedrijf opdragen maatregelen te treffen om de levering van warmte zeker te stellen, zoals de aanwijzing van een noodwarmtebedrijf.¹⁰³ 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.¹⁰⁴

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

⁹⁹ Welke subsidiemogelijkheden zijn er?

¹⁰⁰ Voorgesteld artikel 2.17 van de Wet collectieve warmte.

¹⁰¹ Voorgesteld artikel 2.12, eerste lid, onder e, van de Wet collectieve warmte.

¹⁰² Voorgestelde artikelen 2.16 en 2.17 van de Wet collectieve warmte.

¹⁰³ Voorgesteld artikel 9.5 van de Wet collectieve warmte.

¹⁰⁴ Voorgesteld artikel 2.9 van de Wet collectieve warmte.

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 gezien 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.¹⁰⁵

Ten aanzien van de mogelijkheid om een noodwarmtebedrijf aan te wijzen¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ 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 gebruikers 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.

Op grond van artikel 2.15, tweede lid, onderdeel a, is het aangewezen warmtebedrijf verplicht om in het uitgewerkt kavelplan te beschrijven op welke wijze de leveringszekerheid zal worden verzekerd. Het voornemen is in een algemene maatregel van bestuur (het Bcw) die op grond van het elfde lid van dat artikel zal worden vastgesteld deze verplichting nader in te vullen in die zin dat het aangewezen warmtebedrijf in dat geval tenminste de maatregelen beschrijft die ingezet kunnen worden indien de leveringszekerheid acuut in gevaar is en aangeeft welke partijen ingeschakeld kunnen worden indien de leveringszekerheid niet meer kan worden geborgd door het aangewezen warmtebedrijf. Hier gaat het onder andere om het mogelijk in te zetten noodwarmtebedrijf. De Minister is voornemens het aangewezen warmtebedrijf deze verplichting op te leggen omdat dit warmtebedrijf bij uitstek beschikt over de locatie- en situatie-specifieke kennis die hiervoor nodig is. Met deze toevoeging wordt ook het risico voorkomen op te veel tijdverlies bij het zoeken naar een noodwarmtebedrijf in het kader van de bevoegdheid van de ACM op grond van artikel 9.5, vijfde lid. De ACM kan bij de toepassing van deze bevoegdheid gebruik maken van de door het aangewezen warmtebedrijf verstrekte informatie in het uitgewerkt kavelplan. Het voorgaande is nader toegelicht in paragraaf 3.7.3 en 3.7.5 van de toelichting.

¹⁰⁵ Voorgesteld artikel 2.15, tweede lid, onder a, van de Wet collectieve warmte.

¹⁰⁶ 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).

¹⁰⁷ 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).

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.

a. Normen voor uitstoot van broeikasgassen

Met het wetsvoorstel 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.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰ 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.¹¹¹ 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

¹⁰⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.7, «De uitstoot van broeikasgassen».

¹⁰⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.2, «Belangrijkste voorstellen van het wetsvoorstel».

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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.

*op de verschillende kenmerken van deze netten wel voor de hand kan liggen.*¹¹²

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 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.

Alvorens in te gaan op een nadere begrenzing en concretisering van de delegatiegrondslag in artikel 2.20, eerste lid, merkt de Minister op dat de keuze voor normstelling bij of krachtens algemene maatregel van bestuur als voordeel heeft dat noodzakelijke aanpassingen nog op een later tijdstip en flexibeler doorgevoerd kunnen worden. Op dit moment zijn de normen in het Bcw voorzien tot 2035. Zo is er bijvoorbeeld niet voor gekozen de normen tot het jaar 2050 (het jaar waarvoor is voorzien dat collectieve warmte volledig broeikasgassen-vrij moet zijn) al vast te leggen. Belangrijkste overweging daarbij is dat het transitiepad naar duurzame warmtebronnen afhankelijk is van veel externe factoren die nu nog niet exact te voorspellen zijn. Daarbij speelt tevens dat er nog geen politieke beslissing is genomen over het nationale klimaatdoel voor 2040, terwijl dit doel ook dient als basis voor het vaststellen van de broeikasgas-normering op grond van dit wetsvoorstel. Het voornemen is om rond het jaar 2030 de nu tot 2035 lopende reeks te verlengen, waarbij eerst een evaluatie zal worden gedaan ten aanzien van onder meer de haalbaarheid en effecten van de voorgestelde normstelling.

Naar aanleiding van het advies van Afdeling is de delegatiegrondslag nader ingekaderd. Allereerst is de fasering verduidelijkt door «jaarlijks» toe te voegen aan artikel 2.20, eerste lid, waardoor de normen voor toegestane uitstoot jaarlijks variëren. Ook is aangegeven dat er geen sprake is van een bandbreedte door in artikel 2.20, tweede lid, voor te schrijven dat de normering bestaat uit een exact getal. In artikel 2.20, derde lid, is verder opgenomen dat de normering elke vijf jaar wordt geëvalueerd. Daarbij zal in het licht van Europese en nationale regelgeving in ieder geval worden gekeken naar de effecten van de normering op de kosten, het investeringspotentieel en de technische haalbaarheid. De Minister erkent de verschillen tussen de bestaande en nieuwe collectieve warmtevoorzieningen en heeft daarom voor nieuwe collectieve warmtevoorzieningen reeds een strengere controle aan de poort ingesteld. Warmtebedrijven moeten immers bij de aanwijzing laten zien dat de taak van duurzaamheid naar behoren kan worden uitgevoerd. Met het oog op de verschillen tussen bestaande en nieuwe collectieve warmtevoorzieningen wordt in artikel 2.20, eerste lid, in de mogelijkheid voorzien voor bestaande collectieve warmtevoorzieningen een alternatieve normering vast te stellen.

b. Ontheffingen

Het wetsvoorstel voorziet in tijdelijke ontheffingsmogelijkheden.¹¹³ De ACM krijgt de bevoegdheid om op aanvraag van een aangewezen warmtebedrijf een ontheffing te verlenen van de uitstootnormen, indien

¹¹² De ACM heeft in de UHT-toets aanbevolen nieuwe warmteproductie zo veel mogelijk direct duurzaam te maken.

¹¹³ Voorgesteld artikel 2.21 van de Wet collectieve warmte en, voor kleine collectieve warmtesystemen, voorgesteld artikel 3.10 van de Wet collectieve warmte.

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.¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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 aardgas-ketel of minder efficiënte WKO-systemen met een pieklastketel op aardgas.¹¹⁶

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.¹¹⁷ 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.¹¹⁸

Ook blijkt uit onderzoek dat het gebruik van bioenergie (met name houtige biomassa) voor het behalen van duurzaamheidsnormen door bestaande collectieve warmtesystemen van groot belang is.¹¹⁹ Besloten is inmiddels echter het gebruik van houtige biograndstoffen (biomassa) af te bouwen. Er zijn daarnaast weinig geschikte alternatieven, zodat het lastiger wordt om aan te stellen uitstootnormen te voldoen.¹²⁰

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

¹¹⁴ Tijdens die fase kunnen bijvoorbeeld tijdelijk mobiele gasketels nodig zijn.

¹¹⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.7, «De uitstoot van broeikasgassen».

¹¹⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.7, «De uitstoot van broeikasgassen».

¹¹⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.7.7, «De uitstoot van broeikasgassen».

¹¹⁸ Greenvis, *Onderzoek aanscherping CO₂-normen in de Wet collectieve warmte* (2022), p. 23.

¹¹⁹ Greenvis, *Inventarisatie duurzaamheid warmtenetten, Normstelling CO₂-emissie Wet collectieve warmtevoorziening* (2020), p. 4–5.

¹²⁰ Greenvis, *Onderzoek aanscherping CO₂-normen in de Wet collectieve warmte* (2022), p. 22.

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.¹²¹

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

Collectieve warmtesystemen worden gezien als één van de kansrijke routes naar een fossielvrije verwarming van de gebouwde omgeving. Een belangrijke voorwaarde is dat deze collectieve warmtesystemen dan ook geleidelijk verduurzamen. Deze verduurzaming wordt geborgd door de broeikasgassenormering. De hoogte van de jaarlijkse norm waaraan de levering van warmte moet voldoen wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgesteld (het Bcw). Datzelfde geldt voor de te hanteren rekenmethode waarmee moet worden berekend hoeveel broeikasgassen-emissie gepaard gaat met de levering van warmte. Bij het voorbereiden van de genoemde invulling hebben stakeholders geen fundamentele bezwaren aangedragen waaruit blijkt dat de combinatie van de voorgenomen normstelling en rekenmethode in combinatie met een ontheffing op hoofdlijnen, structureel technisch onhaalbaar zouden zijn of structureel tot disproportioneel hoge kosten zouden leiden. Wel is naar voren gekomen dat in de uitwerking van de ontheffing alleen disproportionele kosten als ontheffingsgrond niet voldoende zijn. Zo zijn warmtebedrijven bijvoorbeeld ook afhankelijk van vergunningsprocedures of aansluitingen op het elektriciteitsnet.

Naar aanleiding van advies van de Afdeling en gesprekken met stakeholders zijn de artikelen 2.21 en 3.10 gewijzigd. Ontheffing van de duurzaamheidsnormen kan worden verleend in het geval een warmtebedrijf niet kan voldoen aan deze normen doordat de realisatie van een nieuwe duurzame warmtebron niet uitvoerbaar is. De nadere invulling van deze ontheffingsgrond wordt uitgewerkt in het Bcw.

Verduurzaming kan bijvoorbeeld onmogelijk zijn indien de vervanging van een gasmotor als warmtebron door een warmtepomp in de praktijk niet kan omdat de warmtepomp vanwege netcongestie geen aansluiting kan krijgen op het elektriciteitsnet. In een dergelijke situatie heeft het warmtebedrijf geen of zeer beperkte mogelijkheden om het proces ter verduurzaming van zijn warmtelevering te versnellen. In het wetsvoorstel is geregeld dat de ontheffingstermijn wordt vastgesteld door de ACM. In de toelichting is verder verduidelijkt dat het voor de hand ligt dat de ACM bij het vaststellen van deze termijn rekening houdt met de tijd die naar verwachting nodig is voor de verduurzaming van de warmtebronnen of het collectieve warmtesysteem en aanverwante externe afhankelijkheden. Ook is naar aanleiding van het advies van de Afdeling de mogelijkheid opgenomen voor de ACM om de ontheffing te verlengen. De ACM kan wanneer na het verlenen van een ontheffing blijkt dat meer tijd nodig is, op aanvraag de gestelde termijn verlengen. In het Bcw zullen de voorwaarden waaronder een aanvraag om verlenging van de periode waarvoor een ontheffing is verleend wordt ingewilligd, nader worden uitgewerkt.

¹²¹ Zie voor een suggestie de UHT-toets over het wetsvoorstel van de ACM van 23 juli 2023, p. 13.

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.¹²² Warmtebedrijven die kleine collectieve warmtesystemen willen exploiteren kunnen een ontheffing aanvragen van dit verbod.¹²³ 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.¹²⁴ Dit geldt niet voor de aanwijzing van een warmtebedrijf gedurende de ingroeiperiode zonder publiek meerderheidsbelang. Daarvoor is voorzien in besluitvorming op basis van rangschikkingscriteria bij meerdere aanvragen voor hetzelfde warmtekavel.¹²⁵

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.¹²⁶

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.

Naar aanleiding van het advies heeft de Minister artikel 2.5 gewijzigd waardoor in het artikel tot uitdrukking komt dat het college de aanvraag op volgorde van ontvangst beoordeelt. De Minister hecht eraan te benadrukken dat het zeer onwaarschijnlijk is dat er meerdere aanvragen ingediend zullen worden om aangewezen te worden op grond van artikel 2.5, eerste lid (zie ook de reactie op punt 5b van dit advies). Zo bezien zal deze bepaling naar verwachting in de praktijk geen betekenis hebben. Ook wil de Minister opmerken dat de in artikel 2.4 opgenomen inventarisatieprocedure in het wetsvoorstel is opgenomen zodat gemeenten gedurende de ingroeiperiode binnen afzienbare tijd helderheid kunnen verkrijgen over de vraag of een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang of een warmtegemeenschap beschikbaar is of dat het meer in de rede ligt de aanwijzingsprocedure opgenomen in artikel 2.7 te starten. Na afloop van de ingroeiperiode komt aan artikel 2.4 feitelijk geen betekenis meer toe waardoor artikel 2.4 dan ook kan komen te vervallen.

¹²² 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.

¹²³ Voorgesteld artikel 3.1, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

¹²⁴ 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».

¹²⁵ Voorgesteld artikel 2.7, zevende lid, van de Wet collectieve warmte.

¹²⁶ Voorgesteld artikel 3.1, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

De Minister heeft artikel 3,1, eerste lid en 5.1, eerste lid, niet op dezelfde gewijzigd als artikel 2.5, eerste lid, omdat uit de systematiek van artikel 3.1, eerste lid, en 5.1, eerste lid, reeds volgt dat indien een aanvraag wordt ingediend, deze als eerste zal worden beoordeeld. Wel is de toelichting op artikel 3.1 en 5.1 op dit punt aangevuld. Anders dan bij collectieve warmtevoorzieningen (zie vorige alinea) is geen inventarisatie-procedure (artikel 2.4) voorgesteld. Er geldt dan ook niet een termijn waarbinnen een aanvraag ingediend moet worden op straffe van het buiten behandeling laten van een aanvraag die te laat is ingediend. Artikel 10, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998, artikel 2, eerste lid, van de Gaswet en artikel 3.2, eerste lid, van de Energiewet die de aanwijzing regelt van respectievelijk de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, netbeheerder van het landelijk gastransportnet en systeembeheerder bevatten een vergelijkbare regeling. Ook in deze regelingen is niet bepaald dat een aanvraag op volgorde van ontvangst beoordeeld zal worden.

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 aanne-melijk 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.¹²⁷ 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.¹²⁸ De toelichting bespreekt niet in hoeverre sprake is van een vergunningstelsel, en of is voldaan aan de vereisten die de Diensten-richtlijn daaraan stelt. Zowel voor een concessieopdracht,¹²⁹ 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.¹³⁰ Weliswaar biedt een aantal bepalingen van deze richtlijn de mogelijkheid om rekening te houden met de specifieke aard van diensten van algemeen

¹²⁷ 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».

¹²⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 17.1.4, «Aanwijzing van een warmtebe-drijf en warmtetransportbeheerder». Daarbij lijkt vooral van belang te zijn dat een overeen-komst 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.

¹²⁹ Waarop het aanbestedingsrecht van toepassing is.

¹³⁰ 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 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.

economisch belang. Dit betekent echter niet dat dergelijke diensten zijn uitgezonderd van het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn.¹³¹ 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.¹³² 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.¹³³ Er gelden specifieke voorschriften indien sprake is van een schaarse vergunning gelet op de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.¹³⁴ 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.¹³⁵

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.¹³⁶

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 warmtekavel.¹³⁷

De toepassing van de verdeelsystematiek «eerst-komt-eerst-maalt»¹³⁸ 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?¹³⁹

Voor de aanwijzing van de warmtetransportbeheerder geldt dat deze wordt verleend naar aanleiding van een concrete aanvraag. Hetzelfde

¹³¹ Zie artikel 1, derde lid, Dienstenrichtlijn en HvJEU 7 november 2018, zaak C-171/17, *Commissie/Hongarije*, ECLI:EU:C:2018:881, punt 62.

¹³² Artikel 4, onder punt 6, van de Dienstenrichtlijn.

¹³³ Artikelen 9 t/m 11 van de Dienstenrichtlijn.

¹³⁴ Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn.

¹³⁵ Zie ook de memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.1, «Kenmerken van collectieve warmte».

¹³⁶ 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-maalt»-systematiek in beginsel een toegestane vorm van verdeling is.

¹³⁷ Voorgesteld artikel 2.4, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

¹³⁸ Zie ook paragraaf 5.a van dit advies.

¹³⁹ Voorgesteld artikel 2.5, derde lid, van de Wet collectieve warmte.

geldt ten aanzien van de in het voorstel geregelde ontheffingen voor kleine collectieve warmtesystemen¹⁴⁰. 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.¹⁴¹

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 warmtekavel moeten worden voorkomen dat dit reeds wordt afgestemd op de exploitatiemogelijkheden van één partij. Bijvoorbeeld omdat dit kavel ligt naast een warmtekavel¹⁴² 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.¹⁴³

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.

Meerdere geïnteresseerde partijen voor aanwijzing op grond van artikel 2.5

De Afdeling merkt in haar advies op dat de toelichting stelt dat niet aannemelijk is dat twee of meer bedrijven op grond van artikel 2.5 een aanvraag voor hetzelfde warmtekavel zouden willen indienen, maar dat dit niet nader toegelicht wordt terwijl niet uitgesloten lijkt te worden dat deze situatie zich zal kunnen voordoen.

Naar aanleiding van deze opmerking is in paragraaf 3.5.6 nader gemotiveerd waarom niet aannemelijk is dat er twee of meer partijen zich zullen melden. Toegelicht is dat warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang veelal een regionale of provinciale schaal zullen hebben en met name actief zullen worden in het geografische gebied waar ook de aandeelhouders van het warmtebedrijf zich bevinden. Door als warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang actief te worden in het verzorgingsgebied van een ander warmtebedrijf wordt het beoogde publieke belang niet voldoende gediend. Er is een grote samenhang tussen bestuurlijke keuzes in de lokale warmtetransitie en bedrijfseconomische overwegingen van het aangewezen warmtebedrijf. Ook is

¹⁴⁰ Voorgesteld artikel 3.1, eerste lid, van de Wet collectieve warmte.

¹⁴¹ 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-maalt», dat er potentieel meerdere ondernemingen zijn.

¹⁴² Voorafgaand aan de aanvraag en aanwijzing van het warmtebedrijf.

¹⁴³ Vergelijk memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.5.1, «Keuze aanwijzing».

concurrentie tussen een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang en een warmtegemeenschap onwaarschijnlijk. In de eerste plaats omdat warmtegemeenschappen veelal een beperkte omvang zullen hebben en om die reden veelal onder het regime van kleine collectieve warmtesystemen zullen vallen. In het geval een warmtegemeenschap een collectieve warmtevoorziening zal willen ontwikkelen voor een specifiek gebied, ligt het niet in de lijn der verwachting dat een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang dit zal doorkruisen. Ten tweede ligt dit niet voor de hand, omdat er niet veel draagvlak zal zijn voor een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang dat actief wordt in een gebied waar burgers het voornemen hebben om de warmtevoorziening in eigen hand te nemen.

Zoals reeds is toegelicht naar aanleiding van het advies onder punt 5a wordt met de inventarisatieprocedure opgenomen in artikel 2.4 niet beoogd een selectieprocedure op te nemen om mededinging te creëren. Deze inventarisatieprocedure is alleen in het wetsvoorstel opgenomen zodat gemeenten gedurende de ingroeiperiode binnen afzienbare tijd helderheid kunnen verkrijgen over de vraag of een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang of een warmtegemeenschap beschikbaar is of dat het meer in de rede ligt de aanwijzingsprocedure in artikel 2.7 te starten. Na de ingroeiperiode komt aan deze procedure geen betekenis meer toe.

Proces voorafgaand aan vaststelling van een warmtekavel

De Afdeling overweegt dat het college bij de vaststelling van een warmtekavel ervoor moeten waken niet eenzijdig overleg te voeren met één potentieel geïnteresseerd warmtebedrijf.

Naar aanleiding van dit advies is in paragraaf 3.4. van de toelichting aandacht besteed aan het proces voorafgaand aan de vaststelling van een warmtekavel. Ter voorbereiding van de vaststelling van een warmtekavel zal het college overleg kunnen voeren met de relevante partijen, waaronder potentiële warmtebedrijven en warmtegemeenschappen. Hoewel ervan mag worden uitgegaan dat er in de praktijk maar één partij geïnteresseerd zal zijn om te worden aangewezen (zie paragraaf 3.5.6 van de toelichting), zal het college indien er toch meerdere warmtebedrijven en warmtegemeenschappen mogelijk interesse hebben aangewezen te worden, geen voorkeurspositie kunnen geven aan één van die partijen. Uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgt immers een verbod op vooringenomenheid.

Mededinging bij de aanwijzing warmtetransportbeheerder en ontheffing klein collectief warmtesysteem

De Afdeling overweegt in haar advies dat er sprake lijkt te zijn van een schaarse vergunning gelet op de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden. Daarmee zou artikel 12 van de dienstenrichtlijn van toepassing zijn. De vergunningprocedure moet voldoen aan de beginselen van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid en dat in beginsel een selectieprocedure met ruimte voor mededinging moet worden gevolgd, aldus de Afdeling. De Afdeling stelt dat er bij de aanwijzing van een warmtetransportbeheerder en een ontheffing van een klein collectief warmtesysteem geen gelijke kans lijkt 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 vereisten van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid.

Artikel 12 van de dienstenrichtlijn schrijft een selectie uit gegadigden voor volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid

en transparantie biedt met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure. De Minister is van mening dat toetsing aan artikel 12 van de dienstenrichtlijn niet aan de orde is. De dienstenrichtlijn is op de in dit wetsvoorstel voorgestelde regels voor de uitoefening van een dienst van algemeen economisch belang (hierna: DAEB) door een warmtebedrijf of een warmtetransportbeheerder niet van toepassing. Deze regels vallen buiten de reikwijdte van deze richtlijn gelet op het bepaalde in artikel 1, tweede en derde lid, van de dienstenrichtlijn. Zo heeft de dienstenrichtlijn geen betrekking op de afschaffing van dienstverrichtende monopolies en doet de richtlijn geen afbreuk aan de vrijheid van de lidstaten in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht vast te stellen wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen, hoe deze diensten moeten worden georganiseerd en aan welke bijzondere verplichtingen zij onderworpen zijn. De mededinging die in artikel 12 van de dienstenrichtlijn is voorgeschreven staat bovendien op gespannen voet met de aard van een DAEB; een procedure gericht op het organiseren van mededinging past niet bij de economische activiteiten van een DAEB. Uit de dienstenrichtlijn volgt kortom niet dat mededeling gedaan moet worden van de mogelijkheid een aanwijzing voor een warmtetransportbeheerder of een ontheffing voor een klein collectief warmtesysteem aan te vragen zodat meerdere partijen kunnen meedingen. De Minister merkt dit verband nog op dat de aanwijzingsprocedures en ontheffingsprocedures in dit wetsvoorstel aan de vereisten van artikel 10 van de dienstenrichtlijn voldoen. Hiermee wordt belet dat het college of de Minister hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. De criteria waaraan een aanvraag getoetst zal worden, zijn in het wetsvoorstel opgenomen en zijn duidelijk, objectief en vooraf bekendgemaakt. De aanwijzings- en ontheffingsprocedure zijn transparant en toegankelijk. Het staat in principe elk warmtebedrijf vrij een aanvraag voor een aanwijzing of een ontheffing voor een klein collectief warmtesysteem in te dienen. Hetzelfde geldt voor een onderneming die aangewezen wil worden als warmtetransportbeheerder. Hiermee is voldaan aan de vereisten van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid. De toelichting is op dit punt aangevuld.

In aanvulling op het bovenstaande wil de Minister opmerken dat vrijwel geheel is uitgesloten dat meerdere partijen voornemens zullen zijn een aanvraag in te dienen om aangewezen te worden als warmtetransportbeheerder in hetzelfde gebied. Een selectieprocedure tussen verschillende ondernemingen treft dan ook geen doel. Er gelden strikte voorwaarden voor onafhankelijk netbeheer (artikel 5.11), toegestane activiteiten (artikel 5.12) en volledig publiek eigendom (artikel 5.14). Voorts is de schaalgrootte van een warmtetransportnet dusdanig groot, dat ruime ervaring met de aanleg en het beheer van omvangrijke energie-infrastructuur vereist is om invulling te kunnen geven aan deze rol. Tot slot zijn de financiële lasten die gepaard gaan met het realiseren van een warmtetransportnet aanzienlijk. Het aantal partijen die hiervoor in aanmerking komt is dus zeer beperkt. De toelichting is op dit punt aangevuld (paragraaf 6.1.2).

Ook voor kleine collectieve warmtesystemen geldt dat in veel gevallen slechts één warmtebedrijf een ontheffing zal indienen. Een ontheffing voor een klein collectief warmtesysteem beoogt de ontwikkeling van kleinschalige warmte-initiatieven te stimuleren (tot 1500 verbruikers). Het gaat bijvoorbeeld om buurtinitiatieven (zoals energiecoöperaties) die zijn opgericht om warmte voor een buurt of wijk te produceren of een kleinschalig WKO-systeem. Voor de exploitatie hiervan zullen niet meerdere partijen beschikbaar zijn. Het is bovendien ook niet wenselijk dat de gemeente hierin de regie neemt en voor een gebied de mogelijkheid geeft voor meerdere partijen binnen een bepaalde termijn

een ontheffing aan te vragen om de volgende reden. Voor een significant deel van de kleine collectieve warmtesystemen zal naar verwachting een energiecoöperatie het initiatief nemen. Wanneer de energiecoöperatie zelf ook de exploitatie van een klein collectief warmtesysteem op zich wil nemen dan ligt het niet de rede dat de gemeente ook andere partijen in de gelegenheid stelt om een aanvraag voor een ontheffing in te dienen voor hetzelfde gebied. De gemeente houdt wel de regie dat dit niet leidt tot «cherry picking», omdat zij bij de ontheffingsaanvraag moet beoordelen of een dergelijk klein collectief warmtesysteem de ontwikkeling van een collectieve warmtevoorziening belemmert.

Vergunningstelsel als bedoeld in de dienstenrichtlijn

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling in de toelichting in te gaan op de vraag in hoeverre dit wetsvoorstel vergunningstelsels als bedoeld in artikel 9 van de dienstenrichtlijn bevat, heeft de Minister vastgesteld dat hiervan sprake is. Het wetsvoorstel geeft regels waaraan warmtebedrijven en warmtetransportbeheerders zich dienen te houden voordat zij deze diensten mogen verlenen waardoor de uitoefening van en de toegang tot diensten gereguleerd zijn. Zo is het op grond van artikel 1.2, eerste lid, verboden zonder aanwijzing van een warmtebedrijf warmte te transporteren en te leveren (artikel 2.5 en 2.7) en zonder aanwijzing van een warmtetransportbeheerder (artikel 5.1) warmte te transporteren. Warmtebedrijven kunnen ook voor kleine collectieve warmtesystemen een ontheffing van dit verbod aanvragen (artikel 3.1). De toelichting is op dit punt aangevuld. Getoetst is of de vergunningstelsels en eisen over de toegang non-discriminatoir, noodzakelijk en evenredig zijn. Aan deze eisen is voldaan. De toelichting is in paragraaf 18.1 aangevuld.

Capaciteit ACM

De Afdeling vraagt of de ACM voldoende capaciteit tot haar beschikking heeft om zo nodig meerdere warmtebedrijven tegelijkertijd te onderzoeken en na te gaan of het warmtebedrijf financieel, technisch en organisatorisch in staat is de taken van artikel 2.12 of 3.6 uit te voeren. De Minister stelt vast dat zowel uit de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets van de ACM als uit nadere contacten met de ACM niet naar voren is gekomen dat de ACM onvoldoende capaciteit zou hebben voor genoemde taak (in aanvulling op de afspraken die zijn gemaakt met de ACM). De ACM heeft bovendien in haar uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets geadviseerd om de toets van de ACM ook voor te schrijven voor warmtebedrijven die warmte willen leveren door middel van een klein collectief warmtesysteem. Aangenomen mag worden dat ACM dit heeft geadviseerd met als aanname dat zij hiervoor voldoende capaciteit zullen hebben. In het wetsvoorstel is invulling gegeven aan dit advies van de ACM.

c. Rechtsbescherming

In het wetsvoorstel wordt wat betreft de rechtsbescherming zoveel mogelijk aangesloten bij de wijze waarop die in de huidige Warmtewet is geregeld.¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁴ Voorgesteld artikel 12.20 van de Wet collectieve warmte.

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.¹⁴⁵ 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.

In artikel 11.5 is voorgesteld dat het besluit tot vaststelling van de warmtekavel en de aanwijzing van een warmtebedrijf als één besluit wordt aangemerkt voor de mogelijkheid van bezwaar en beroep en de behandeling van en de uitspraak op bezwaar en beroep. Hierdoor wordt de rechtsbescherming tegen het besluit tot vaststelling van de warmtekavel gecombineerd met de rechtsbescherming tegen de aanwijzing. Een vergelijkbare regeling is bijvoorbeeld opgenomen (geweest) in artikel 8.3, vierde lid, Wet ruimtelijke ordening en artikel 1.5a, vierde lid, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

De Minister heeft naar aanleiding van het advies van de Afdeling de toelichting op artikel 11.5 aangevuld. Toegelicht is dat bij de vaststelling van een warmtekavel onder andere een bestaand warmtebedrijf of een warmtebron belanghebbende kunnen zijn. Ter voorbereiding op de vaststelling van de warmtekavel zal het college alle betrokken partijen consulteren. Het gaat hier onder meer om burgers, woningbouwcorporaties, infrastructuurbedrijven, producenten, producenten van restwarmte maar ook warmtebedrijven en warmtegemeenschappen die mogelijk belangstelling hebben aangewezen te worden voor de warmtekavel. Op deze manier kan het college goed geïnformeerd een warmtekavel vaststellen en kan zoveel mogelijk voorkomen worden dat belanghebbenden bezwaren zullen hebben tegen de vaststelling van de warmtekavel. Aangezien in de regel de periode tussen vaststelling van de warmtekavel en de start van de aanwijzingsprocedure kort zal zijn, wegen de voordelen van de bundeling van bezwaar en beroep op tegen de nadelen hiervan. Deze nadelen kunnen mogelijk gevoeld worden als de tijd tussen vaststelling van de warmtekavel en aanwijzing van het warmtebedrijf aanzienlijk is. Aangezien het vaststellen van een warmtekavel zonder een aanwijzingsprocedure te starten geen doel dient, is de kans hierop klein. Nadeel van twee afzonderlijke bezwaar en beroepsprocedures is dat het geruime tijd kan duren voordat het besluit tot vaststelling van de warmtekavel onherroepelijk is geworden en dat het college tot die tijd naar verwachting geen aanwijzingsprocedure zal starten. Bovendien is de warmtekavel dusdanig verknoopt met de aanwijzing van een warmtebedrijf voor dat warmtekavel dat het wenselijk

¹⁴⁵ Voorgesteld artikel 11.5, aanhef en onder a, van de Wet collectieve warmte.

is dat in bezwaar en beroep beide besluiten in samenhang kunnen worden gezien. Hiermee kan ook voorkomen worden dat het besluit tot aanwijzing onherroepelijk wordt terwijl het besluit tot vaststelling van de warmtekavel vernietigd wordt.

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.¹⁴⁶

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.¹⁴⁷ Gelet op dit uitgangspunt ligt het ongedifferentieerd van 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.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is artikel 9.4 gewijzigd en is de boetecategorie toegesneden op de aard en ernst van de overtreding. Daarbij is in de differentiatie waar mogelijk afstemming gezocht bij het boeteregime van de Energiewet. In de toelichting wordt verduidelijkt dat het uitgangspunt is dat de ACM, college en Minister bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete voor de overtreding rekening houden met de aard en ernst van de overtreding in de specifieke situatie.

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).¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Voorgesteld artikel 9.4 van de Wet collectieve warmte.

¹⁴⁷ 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, Stcrt. 2024, 186.

¹⁴⁸ 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, 36 378, nr. 2.

¹⁴⁹ Artikel 12.22 van het voorstel Wet collectieve warmte, «Wijziging Energiewet».

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.¹⁵⁰

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 gassector, waar een splitsing tussen enerzijds transport en distributie en anderzijds productie, verhandeling en levering een belangrijk uitgangspunt vormt.¹⁵¹

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) energiebedrijven¹⁵² behoren.¹⁵³

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.¹⁵⁴

Het voorstel bevat weliswaar enkele maatregelen om belangenverstrengeling 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.¹⁵⁵ 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.

De Afdeling constateert terecht dat het niet de bedoeling is met dit wetsvoorstel terug te komen op de keuze in de elektriciteits- en gassector om door splitsing tussen productie, handel, levering enerzijds en

¹⁵⁰ Kamerstukken II 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 1–12.

¹⁵¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 14.2, «Voorwaarden voor deelneming van een infrastructuurbedrijf in een aangewezen warmtebedrijf».

¹⁵² Zoals bijvoorbeeld een warmtebedrijf.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ Waarbinnen zowel commerciële activiteiten als gereguleerde netbeheertaken zijn ondergebracht.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 4 en 5.

transport anderzijds de onafhankelijkheid van transmissie- of distributiesysteembeheerders voor elektriciteit of gas te waarborgen. Beoogd is alleen voor de deelneming in een aangewezen warmtebedrijf die een collectieve warmtevoorziening exploiteert onder strikte voorwaarden een specifieke uitzondering te maken omdat infrastructuurbedrijven gelet op hun lange ervaring met de aanleg en beheer van energiesystemen een belangrijke rol kunnen spelen in de ontwikkeling van deze warmtevoorzieningen en daarmee een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de warmtetransitie. Voor deze deelneming geldt onder andere de belangrijke voorwaarde dat het aangewezen warmtebedrijf waarin een infrastructuurbedrijf deelneemt zich in beginsel niet mag bezighouden met de productie en levering van elektriciteit of gas.

Sinds de Wet onafhankelijk netbeheer is de context waarbinnen infrastructuurbedrijven actief zijn en de doelen waarvoor Nederland gesteld staat gewijzigd. Zoals in paragraaf 1.1 is toegelicht staat Nederland voor de opgave in 2050 klimaatneutraal te zijn. Collectieve warmte zal een belangrijke rol spelen in de verduurzaming van de gebouwde omgeving. Dit rechtvaardigt de specifieke regeling voor warmte die in dit wetsvoorstel is opgenomen. Daarbij komt dat een beperking van de activiteiten van de infrastructuurbedrijven tot infrastructurele activiteiten voor de warmtemarkt geen logische keuze is zoals toegelicht in paragraaf 1.2, onder b. Voor warmte is een splitsing tussen productie, handel, levering enerzijds en transport anderzijds, mede vanwege de lokale aard van deze activiteiten, niet wenselijk. In dit wetsvoorstel is dan ook voorgesteld de integrale verantwoordelijkheid bij een warmtebedrijf te beleggen, vergelijkbaar met drinkwaterbedrijven. Met de wijziging van de Energiewet zoals in dit wetsvoorstel voorgesteld kunnen infrastructuurbedrijven alleen actief worden op de warmtemarkt. Voor andere energiedragers (elektriciteit, gas, waterstof, biogas) is dat anders. Voor deze energiedragers blijven de regels voor de onafhankelijkheid van de transmissie- of distributiesysteembeheerders gelden. De toelichting in paragraaf 14.2 is in deze zin aangevuld.

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,
Th.C. de Graaf*

8. Wijzigingen niet naar aanleiding van het advies

Bij gelegenheid van het nader rapport zijn nog enkele andere wijzigingen aangebracht in het wetsvoorstel.

In de eerste plaats is de toelichting op punten aangevuld. Zo zijn in paragraaf 1.2, onder c, de overwegingen om een publiek meerderheidsbelang voor te schrijven aangevuld.

Tevens is een aantal artikelen op basis waarvan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld aangepast. Bij het opstellen van het ontwerp voor het Bcw is namelijk gebleken dat deze artikelen een te beperkte grondslag gaven of juist overbodig waren. Ook is van de gelegenheid gebruik gemaakt om de recente voorgestelde wijziging van artikel 12a, tweede lid, van de Warmtewet (Kamerstukken II 2023/24, 36 387, nr. 10) in artikel 2.46 van dit wetsvoorstel op te nemen.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Klimaat en Energie,
R.A.A. Jetten