

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Vereniging van Nederlandse Gemeenten, het Interprovinciaal Overleg en de Unie van Waterschappen.

van 10.2.e en 10.2.e (kantoor landsadvocaat)

datum 28 mei 2021

inzake Europeesrechtelijke analyse Wet collectieve warmtebedrijven

zaaknr 11016143

1 Vraagstelling

- 1.1 Op dit moment is een fundamentele wijziging van de Warmtewet in voorbereiding middels het wetsvoorstel Wet collectieve warmtevoorziening (“**Wetsvoorstel**”). De Vereniging van Nederlandse Gemeenten, het Interprovinciaal Overleg en de Unie van Waterschappen (gezamenlijk “**decentrale overheden**”) hebben de Minister van Economische Zaken en Klimaat (“**EZK**”) verzocht om in dit Wetvoorstel gemeenten de bevoegdheid te geven voorafgaand aan de aanwijzingsprocedure van een warmtebedrijf een voorkeur uit te spreken voor (i) een specifieke samenwerkingsvorm (ii) een warmte joint-venture waarbij de rol van warmtenetbedrijf uitsluitend kan worden vervuld door een publieke partij of (iii) een publiek warmtebedrijf.
- 1.2 U heeft ons de vraag voorgelegd hoe het opnemen van deze bevoegdheid in het Wetsvoorstel zich verhoudt tot het Europeesrechtelijk kader, meer specifiek artikel 106 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (“**VWEU**”), in samenhang met de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en artikel 15 lid 2 onderdelen b) en d) en lid 3 van de Europese Dienstenrichtlijn 2006/123/EG (“**Dienstenrichtlijn**”).¹

¹ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (PbEU L 376).

- 1.3 Met dit advies voldoen wij graag aan uw verzoek. Daarbij nemen wij zoals verzocht het Wetsvoorstel zoals dat thans voorligt als uitgangspunt. In het Wetsvoorstel is gekozen voor een hybride marktmodel met uniforme regulering voor publieke en private warmtebedrijven. Hoewel op voorhand niet valt uit te sluiten dat de nationale wetgever binnen de kaders van het Europese recht andere keuzes had kunnen maken, staat de rechtmatigheid van deze keuze in het licht van het Europese recht niet ter discussie. De vraag spitst zich dus toe op de vraag of binnen de kaders van het hybride model het verlenen van vorenbedoelde bevoegdheid aan de gemeenten op Europeesrechtelijke bezwaren stuit.

Leeswijzer

- 1.4 De opbouw van dit advies is als volgt. In hoofdstuk 2 volgen eerst de samenvatting en conclusie. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de achtergrond van de Wet collectieve warmtevoorziening. In hoofdstuk 4 wordt het verzoek van de decentrale overheden toegelicht en wordt uiteengezet welke motieven aan dit verzoek ten grondslag liggen. In hoofdstuk 5 is het Europeesrechtelijk kader opgenomen. In hoofdstuk 6 wordt vervolgens geanalyseerd hoe het verzoek van de decentrale overheden zich tot dit kader verhoudt. Hoofdstuk 7 gaat in op de vraag 'Hoe nu verder?'.

2 Samenvatting en conclusie

Conclusie

Onze conclusie luidt kort gezegd dat het opnemen in het Wetsvoorstel van de bevoegdheid voor gemeenten om (nadere) eisen te stellen aan de samenwerkingsvorm of de eigendomssituatie van een warmtebedrijf op gespannen voet staat met het Europese recht.

Hiertoe is het volgende van belang:

- Het verzoek van de decentrale overheden komt erop neer dat eisen mogen worden gesteld 1) aan de samenwerkingsvorm van het warmtebedrijf (een integraal warmtebedrijf of een joint-venture) en/of 2) aan de eigendomssituatie van het warmtebedrijf. Daarmee willen gemeenten kunnen kiezen uit verschillende marktordeningsmodellen, afhankelijk van de situatie in de gemeente.
- Beide eisen vormen een beperking van het vrij verkeer binnen de Europese Unie, zoals neergelegd in het VWEU. In het bijzonder betreft dit de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en het vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU). Dat deze vereisten een beperking van de vrijheid van vestiging vormen komt ook tot uitdrukking in de Dienstenrichtlijn.

- Een beperking van het vrij verkeer is slechts geoorloofd indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: 1) de maatregel is niet-discriminatoir 2) de maatregel is gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang 3) de maatregel is geschikt om het beoogde doel bereiken en 4) de maatregel gaat niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken, waarbij dat doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Deze vereisten zijn ook opgenomen in artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn.
- Binnen de kaders van het huidige Wetsvoorstel is ons inziens niet voldaan aan voorwaarden 2), 3) en 4). In het Wetsvoorstel is uitvoerig gemotiveerd waarom is gekozen voor een uniforme regeling die geldt voor publieke en private bedrijven. Dit maakt het voor gemeenten niet goed mogelijk om te onderbouwen dat het met het oog op genoemde doelstellingen wél gerechtvaardigd zou zijn eisen te stellen aan de structuur respectievelijk de eigendom van het warmtebedrijf.
- Daar komt nog bij dat hier wringt dat de decentrale overheden uiteindelijk een heel andere ordening voor ogen hebben dan waarin het Wetsvoorstel voorziet. Wij zien niet goed hoe deze twee uiteenlopende ordeningen of het streven daarnaar, binnen het huidige Wetsvoorstel met elkaar te verenigen zijn.
- Ook los van hetgeen in het Wetsvoorstel is opgenomen, zien wij in de overwegingen die de decentrale overheden hebben genoemd op dit moment onvoldoende aanknopingspunten om te concluderen dat het stellen van (een van) de eisen gerechtvaardigd zou kunnen zijn.

Hoe nu verder?

Wij menen dat de rangschikkingscriteria die gemeentes kunnen hanteren met het oog op de aanwijzing van warmtebedrijven aanmerkelijke ruimte moeten kunnen bieden om de belangen tot gelding te laten komen die zij beogen te beschermen door het stellen van eisen met betrekking tot de samenwerkingsvorm of de eigendom van warmtebedrijven.

3 Achtergrond en inhoud Wetsvoorstel

Doelstellingen Wet collectieve warmtevoorziening

- 3.1 Het Wetsvoorstel beoogt - ter uitvoering van het Klimaatakkoord - de groei en verduurzaming van collectieve warmtesystemen te faciliteren. Tegelijkertijd beoogt het Wetsvoorstel de publieke belangen bij warmtelevering, te weten betaalbaarheid, leveringszekerheid/betrouwbaarheid² en duurzaamheid, beter te kunnen waarborgen dan thans het geval is. Betrouwbaarheid van de warmtelevering voor de gebruiker speelt daarbij een belangrijke rol.

² In de toelichting bij het wetsvoorstel worden de belangen 'leveringszekerheid' en 'betrouwbaarheid' beiden gebruikt.

Gemeenten hebben regie

- 3.2 Zoals is afgesproken in het Klimaatakkoord krijgen lokale overheden daarbij de regie. Het is hun taak om te bepalen waar en wanneer een collectief warmtesysteem wordt ontwikkeld. Het college van burgemeester en wethouders (“college”) krijgt de bevoegdheid een warmtekavel vast te stellen (artikel 2.1 Wetsvoorstel) en vervolgens een warmtebedrijf aan te wijzen dat het exclusieve recht en de wettelijke taak krijgt om binnen zijn warmtekavel een collectieve warmtevoorziening te realiseren (artikel 2.3 en 2.8 Wetsvoorstel). Er kunnen geen andere marktpartijen warmte leveren binnen het betreffende warmtekavel.

Integrale verantwoordelijkheid voor gehele keten

- 3.3 Het centrale uitgangspunt in het Wetsvoorstel is dat een aangewezen warmtebedrijf de integrale verantwoordelijkheid draagt voor de collectieve warmtevoorziening binnen het betreffende kavel. Een warmtebedrijf kan dus alleen door het college worden aangewezen indien dit warmtebedrijf in staat is om deze integrale verantwoordelijkheid te dragen voor de gehele warmteketen, dat wil zeggen: (i) productie (ii) transport en (iii) levering.³ De achtergrond hiervan is, zo blijkt uit de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel (de “MvT”), dat het samenspel tussen locatie van de warmtebron, temperatuur en andere technische kenmerken van de warmtebron, dimensionering van het net en de configuratie aan de zijde van de gebruiker, één integrale afweging vereist.
- 3.4 Met het oog hierop is in het Wetsvoorstel de voorwaarde opgenomen dat een warmtebedrijf te allen tijde kan beschikken over het warmtenet dat onderdeel uitmaakt van het gerealiseerde warmtesysteem binnen het warmtekavel. Dit kan via economisch eigendom of via een (joint-venture) overeenkomst met een warmtenetbedrijf. In hoofdlijnen leidt dit tot de volgende samenwerkingsvormen:
- i. het warmtebedrijf beschikt zelf over het economisch eigendom van het warmtenet;
 - ii. het warmtebedrijf werkt samen met een warmtenetbedrijf dat beschikt over economische eigendom van het warmtenet (op basis van uitbesteding);⁴ en

³ Het warmtebedrijf hoeft niet te beschikken over het economisch eigendom van de warmtebron (zie MvT Wetsvoorstel, p. 47).

⁴ Dit warmtenetbedrijf neemt de werkzaamheden die zien op de aanleg, onderhoud en beheer van het warmtenet of het transport van warmte voor zijn rekening.

- iii. het warmtebedrijf is vormgegeven als een warmte joint-venture waarbinnen een warmteleveringsbedrijf en een warmtenetbedrijf samenwerken.

Hybride marktmodel warmtesysteem wijkt af van gas- en elektriciteitsmarkten

- 3.5 Met het uitgangspunt dat de integrale verantwoordelijkheid wordt neergelegd bij één warmtebedrijf wijkt het Wetsvoorstel bewust af van de ordening van de elektriciteits- en gasmarkten. Op deze markten is juist een strikte scheiding aangebracht tussen aanleg en exploitatie van de infrastructuur (netbeheer) enerzijds en de productie en levering van elektriciteit en gas anderzijds. Daarbij is het netbeheer in handen gelegd van onafhankelijke netbeheerders, waarvan de aandelen in publieke handen zijn. In de MvT is uitvoerig onderbouwd waarom bij de aanleg van warmtenetten juist niet is gekozen voor een dergelijke splitsing, onder verwijzing naar een rapport van SEO uit 2018. De voordelen van een scheiding van productie en levering enerzijds en transport (het net) anderzijds, zoals in de elektriciteit- en gasmarkt, wegen naar verwachting in de warmtemarkt niet op tegen de nadelen.⁵ Een splitsing in de warmteketen wordt dus niet opportuun geacht.

Uniforme regeling voor publieke en private partijen

- 3.6 In de context van de warmtesystemen geldt – onder het huidige Wetsvoorstel – hetzelfde regime voor publieke en private bedrijven. De rol van het warmtebedrijf kan in beginsel door iedere natuurlijke persoon, rechtspersoon of personenvennootschap, publiek of privaat worden ingevuld.⁶ In de MvT is aangegeven dat het voor het borgen van de publieke belangen (betaalbaarheid, leveringszekerheid/betrouwbaarheid en duurzaamheid) niet noodzakelijk wordt geacht om voor te schrijven dat het warmtesysteem publiek eigendom is. Dit zou niet-proportioneel zijn. De wet biedt voldoende waarborgen om deze publieke belangen te dienen. Door middel van het omgevingsplan, de aansluitplicht en de verplichtingen rondom duurzaamheid en leveringszekerheid wordt de ‘output’ van het warmtebedrijf ook via publieke weg bepaald. De aangewezen warmtebedrijven hebben de wettelijke taak om de warmsystemen te realiseren en om op basis van de landelijk geldende kaders de publieke belangen betaalbaarheid, betrouwbaarheid en duurzaamheid te borgen. Bovendien bepalen gemeenten wanneer en waar er collectieve warmtesystemen komen.

⁵ SEO Economisch Onderzoek, ‘Belang bij splitsing in de warmtemarkt; Effecten van splitsing op publieke belangen in de warmtemarkt’, SEO-rapport nr. 2018-98, Amsterdam 2019.

⁶ Voor warmtenetbedrijven die deel uitmaken van een groepsmaatschappij waartoe ook een netbeheerder behoort, geldt een uitzondering; deze mag niet zelfstandig de rol van integraal verantwoordelijk warmtebedrijf op zich nemen.

Wel eisen aan eigendom ten aanzien van warmtetransportnet

- 3.7 Het voorgaande ligt overigens anders bij een regionaal warmtetransportnet.⁷ Het Wetsvoorstel schrijft voor dat de warmtetransportbeheerder (direct of indirect) in handen moet zijn van een openbaar lichaam (artikel 5.14 Wetsvoorstel). In de MvT bij het Wetsvoorstel is deze keuze beargumenteerd. De rol en taak van de warmtetransportbeheerder is gericht op het voeren van regie in de regio. Met deze regierol vervult deze partij een vitale rol in het realiseren van de warmtetransitie en daarmee ook het borgen van de publieke belangen van de warmtelevering in de regio. Dit is een grote verantwoordelijkheid waarin de warmtetransportbeheerder bovendien relatief (ten opzichte van collectieve warmtesystemen) veel vrijheid heeft. Binnen deze context ligt, aldus de MvT, publiek eigendom van de warmtetransportbeheerder voor de hand. Dit biedt meer mogelijkheden om, in geval van onverhoopte tekortkomingen in het uitvoeren van de taak, te borgen dat de warmtetransportbeheerder alles weer op orde krijgt voor een goede uitvoering van zijn taken.⁸ Een warmtetransportnet is een samenhangend geheel en moet, om tot efficiënte inrichting en exploitatie te kunnen komen, integraal beheerd kunnen worden. De warmtetransportbeheerder moet dus volledige zeggenschap hebben over het gebruik van het warmtetransportnet. Aangezien de warmtetransportbeheerder een publieke partij is en het warmtetransportnet grotendeels zelf zal aanleggen is in het Wetsvoorstel opgenomen dat ook de warmtetransportnetten direct of indirect in publiek eigendom moeten zijn (artikel 5.15 Wetsvoorstel).⁹
- 3.8 In de MvT wordt benadrukt dat de afweging ten aanzien van regionale warmtetransportnetten wezenlijk anders is dan de afweging die wordt gemaakt in de context van de collectieve warmtesystemen. De regulering van warmtetransportnetten en -beheerders ziet op een nieuwe marktontwikkeling die mede is ontstaan door de voorziene groeipotentie van collectieve warmtesystemen. Daarentegen is er bij collectieve warmtesystemen al sprake van een bestaande (hybride) markt met publieke en private spelers. Al deze partijen zullen nodig zijn om de groei van collectieve warmtesystemen te realiseren. Bovendien omvat de wettelijke taak bij collectieve warmtesystemen meer dan alleen het beheer en exploitatie van het fysieke warmtenet (het transport van warmte) maar omvat deze een integrale verantwoordelijkheid voor de warmtelevering.

⁷ Een warmtetransport ziet op regionale warmtevoorziening. Een regionaal warmtetransport ligt in de rede in een gebied waar dermate grootschalige en relatief goedkope duurzame warmtebronnen (in potentie) voorhanden zijn, dat deze de lokale warmtebehoefte overstijgen.

⁸ MvT wetsvoorstel, p. 64.

⁹ MvT wetsvoorstel, p. 65.

4 Het verzoek van de decentrale overheden

4.1 De decentrale overheden hebben het Ministerie van EZK verzocht om in het Wetsvoorstel de bevoegdheid op te nemen voor het college van burgemeester en wethouders om eisen te stellen aan de samenwerkingsvorm van de aanvragers en/of de eigendomssituatie. Meer specifiek betreft het de bevoegdheid om in het kader van de aanwijzingsprocedure te bepalen:

a) welke specifieke samenwerkingsvorm een aanvraag kan indienen (een integraal warmtebedrijf of een warmte joint-venture);

b) dat alleen een warmte joint-venture een aanvraag kan indienen waarbij de rol van warmtenetbedrijf uitsluitend kan worden ingevuld door een publieke partij; en/of

c) dat alleen een publiek warmtebedrijf een aanvraag kan indienen (zoals een gemeentelijk warmtebedrijf).

4.2 In het overleg van dinsdag 11 mei 2021 hebben de decentrale overheden dit verzoek nader toegelicht.¹⁰ Hierbij is naar voren gekomen dat decentrale overheden uiteenlopende motieven hebben om eisen te stellen aan de samenwerkingsvorm en/of de eigendomssituatie. In hoofdlijnen kunnen drie motieven worden onderscheiden.

4.2.1 Een eerste belangrijke overweging is de gedachte dat energietransitie vraagt om een verdergaande integratie van de verschillende modaliteiten (gas, elektra, warmtesysteem) in het energiesysteem. Dit wordt nodig geacht om verstandige investerings- en vervangingsbeslissingen te nemen. Derhalve is er behoefte aan één partij die zicht heeft op de technische en financiële aspecten op korte en lange termijn en die integraal verantwoordelijk is voor de verschillende modaliteiten. Hierdoor zouden ook de kosten kunnen worden beheerst. Er is in de ogen van decentrale overheden bovendien behoefte aan een coördinerende rol van een publieke partij die gemeenten en provincies ondersteunt in het maken van onafhankelijke keuzes over de verschillende modaliteiten en door de keten heen. De decentrale overheden achten het daarom wenselijk dat op de lange termijn een ordening ontstaat die aansluit bij die voor de elektriciteits- en gasector. Binnen dit (toekomstige) systeem zou het, aldus de decentrale overheden, wenselijk zijn een onafhankelijk netbeheerder aan te kunnen wijzen die integraal verantwoordelijk is voor de verschillende bronnen van warmte. Om die reden dient in het Wetsvoorstel te worden opgenomen dat gemeenten kunnen voorschrijven dat het warmtenet in publiek eigendom moet zijn. Daarmee wordt voorkomen dat met het Wetsvoorstel de mogelijkheid wordt afgesneden om te komen tot een ordening die aansluit bij de ordening in de elektriciteits- en gasector.

¹⁰ Zie ook brief van de VNG, het IPO en de Unie van Waterschappen, 28 juli 2020, in de consultatieronde. <https://vng.nl/sites/default/files/2020-07/consultatie-wet-collectieve-warmtevoorziening-ipo-vng-uwv.pdf>

Gemeenten moeten in de gelegenheid worden gesteld op deze ordening voor te sorteren.

- 4.2.2 Een tweede belangrijke overweging van de decentrale overheden is dat gemeenten graag – mede gelet op hun autonomie – zelf de regie houden over de vraag of een warmtebedrijf wordt voorbehouden aan bepaalde samenwerkingsvormen, al dan niet in combinatie met de eis dat sprake moet zijn van een publieke onderneming.
- 4.2.3 Een derde en laatste overweging is dat consumenten mogelijk meer vertrouwen hebben in een publiek warmtebedrijf of een joint-venture waarbij de rol van het warmtenetbedrijf wordt vervuld door een publieke partij en daardoor sneller bereid zijn over te stappen op deze bron van energie.

5 Europeesrechtelijk kader

Inleiding

- 5.1 De vraag ligt voor hoe het opnemen van de bevoegdheid zoals verzocht door de decentrale overheden zich verhoudt tot het Europeesrechtelijk kader.
- 5.2 Hiertoe dienen de door de decentrale overheden gewenste aanvullende eisen die zien op de samenwerkingsvorm en de eigendomssituatie te worden getoetst aan de regels van het vrij verkeer zoals neergelegd in het VWEU. Meer specifiek betreft dit de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en het vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU). De vrijheid van vestiging geeft onderdanen van een lidstaat het recht geeft om zich duurzaam te vestigen in een andere lidstaat. Deze vrijheid omvat ook het oprichten van een secundaire vestiging, zoals een filiaal of een dochteronderneming. Lidstaten mogen dit recht niet beperken door ongerechtvaardigde eisen te stellen. Het vrij verkeer van kapitaal verbiedt ongerechtvaardigde beperkingen van het kapitaalverkeer. Daarnaast is de Dienstenrichtlijn van belang. De Dienstenrichtlijn beoogt het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging van dienstverrichters te vergemakkelijken. De bepalingen in deze Richtlijn zijn gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het vrij verkeer.
- 5.3 Artikel 345 VWEU bepaalt dat het Unierecht het eigendomsrecht van de lidstaten onverlet laten. Dit betekent dat het Unierecht zich in beginsel niet verzet tegen

nationalisering van ondernemingen of privatisering ervan.¹¹ Deze bepaling heeft echter niet tot gevolg dat de in de lidstaten bestaande regelingen van het eigendomsrecht aan de regels inzake het vrij verkeer zijn onttrokken. Anders gezegd: artikel 345 VWEU maakt niet dat een eventueel te stellen vereiste dat een warmtebedrijf in publiek eigendom moet zijn buiten de regels inzake het vrij verkeer valt.

- 5.4 Ook het feit dat een warmtebedrijf wordt belast met een dienst van algemeen economisch belang maakt in beginsel niet dat de regels die aan deze ondernemingen wordt gesteld buiten de regels inzake het vrij verkeer vallen. Dit volgt uit artikel 106 lid 2 VWEU, dat bepaald dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van het Unierecht vallen, voor zover dit de toepassing van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.¹²

Onder welke voorwaarden zijn beperkingen gerechtvaardigd?

- 5.5 Een beperking van het vrij verkeer is niettemin geoorloofd indien aan een viertal voorwaarden is voldaan: 1) de maatregel is niet-discriminatoir, dat wil zeggen dat geen onderscheid naar nationaliteit wordt gemaakt 2) de maatregel is gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang 3) de maatregel is geschikt om het beoogde doel bereiken en 4) de maatregel gaat niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken, waarbij dat doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.
- 5.6 Deze voorwaarden zijn ook opgenomen in artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn. In het tweede lid van dit artikel is een lijst met eisen opgenomen (de zogeheten “**verdachte eisen**”) die in beginsel niet mogen worden gesteld, tenzij aan de vier genoemde voorwaarden is voldaan (artikel 15 lid 3 jo 15 lid 6 Dienstenrichtlijn). Dit geldt ook ten aanzien van ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang, voor zover de toepassing hiervan de hen toegewezen taak niet belemmert.¹³
- 5.7 In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (“**HvJEU**”) zijn in het kader van de elektriciteits- en gasmarkt verschillende doelstellingen aanvaard als dwingende reden van algemeen belang. Dit geldt bijvoorbeeld voor de doelstelling om

¹¹ HvJEU 8 november 2012, zaak C 244/11, ECLI:EU:C:2012:694 (*Commissie/Griekenland*) r.o. 17; HvJEU 22 oktober 2013, gevoegde zaken C-105/12, C-106/12 en C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677 (*Staat der Nederlanden / Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV, Delta NV.*); en HvJEU 27 februari 2019, zaak C-563/17, ECLI:EU:C:2019:144 (*Associação Peço a Palavra e a /Conselho de Ministros*), r.o. 46.

¹² In artikel 15 lid 4 Drl is het equivalent van deze bepaling opgenomen.

¹³ Overeenkomstig het bepaalde in artikel 106 lid 2 VWEU.

de zekerheid van de energievoorziening te waarborgen door te zorgen voor voldoende investeringen in het distributienet voor elektriciteit en gas.¹⁴

Een concreet voorbeeld betreft de zaak *Repsol Butano*, waarin het ging het een Spaanse wettelijke regeling waarbij een maximumprijs werd vastgesteld voor lpg in bepaalde gasflessen en waarbij een verplichting om deze aan huis te bezorgen werd opgelegd aan de handelaren die in de betreffende sector het grootste marktaandeel hebben op een bepaalde geografische markt. De maatregelen hadden tot doel om (kwetsbare) consumenten tegen een redelijke prijs van energie te voorzien. Het HvJEU oordeelde dat dit een beperking vormde van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de zin van Richtlijn 2006/123/EG. Meer specifiek betrof het vereisten die waren opgenomen in de lijst met verdachte eisen in artikel 15 lid 2 onder g) (maximumtarieven) en h) (een verplichting voor een dienstverrichter om in combinatie met zijn dienst andere specifieke diensten te verrichten) Drl. Het HvJEU oordeelde dat deze maatregelen niettemin verenigbaar waren met de Richtlijn, mits deze slechts voor een beperkte duur worden gehandhaafd en niet verder gaan dan nodig is om het nagestreefde doel van algemeen economisch belang te bereiken.¹⁵

- 5.8 Het is aan de regulerende overheid om te onderbouwen dat aan genoemde voorwaarden wordt voldaan. Daarbij is van belang dat uit de rechtspraak volgt dat eisen aan de rechtsvorm of juridische structuur als een zware belemmering worden beschouwd.¹⁶ Dit geldt nog in versterkte mate voor het vereiste van publiek eigendom. Er zal zo mogelijk aan de hand van rapporten en onderzoeken moeten worden aangetoond dat de beperkende maatregel daadwerkelijk geschikt is om het beoogde doel te bereiken (voorwaarde 3) en dit doel niet met minder vergaande middelen kan worden bereikt (voorwaarde 4).¹⁷

Ter illustratie wijzen wij op het arrest *Europese Commissie/Hongarije*¹⁸ dat betrekking had op de wijze waarop in Hongarije een nationaal systeem voor mobiel betalen vorm was gegeven. Het gebruik van dit systeem was verplicht voor bepaalde diensten die door een staatsentiteit worden aangeboden,

¹⁴ Idem, r.o. 59. HvJEU 22 oktober 2013, gevoegde zaken C-105/12, C-106/12 en C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677 (*Staat der Nederlanden / Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV, Delta NV.*), r.o. 589

¹⁵ HvJEU 11 april 2019, gevoegde zaken C-473/17 en C-546/17, ECLI:EU:C:2019:308 (*Repsol Butano*), r.o. 65.

¹⁶ HvJEU 26 juni 2019, Zaak C-729/17, ECLI:EU:C:2019:534 (*Commissie/Griekenland*). In deze zaak oordeelde het Hof onder meer dat door de rechtsvorm van opleidingsinstellingen voor bemiddelaars te beperken tot vennootschappen zonder winstoogmerk, die moeten zijn samengesteld uit ten minste één Griekse orde van advocaten en ten minste één Griekse beroepsvereniging, de Helleense Republiek de verplichtingen die op haar rusten krachtens artikel 15, lid 2, onder b) en c), en lid 3 Drl niet is nagekomen.

¹⁷ HvJEU 1 maart 2018, zaak C-297/16, ECLI:EU:C:2018:141 (*CMVRO*). Zie ook buiten de Dienstenrichtlijn: HvJEG 19 mei 2009, gevoegde zaken C-171/07 en C-172/07, ECLI:EU:C:2009:316 (*Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*).

¹⁸ HvJEU 7 november 2018, zaak C-171/17, ECLI:EU:C:2018:881 (*Commissie/Hongarije*).

zoals openbaar parkeren. Het exclusieve recht om dit systeem te exploiteren was voorbehouden aan een bedrijf dat in eigendom was van de Hongaarse staat. Het systeem had tot doel om een dekking van het gehele nationale grondgebied tot stand te brengen en een zo kosteneffectief en eenvormig mogelijk beheer van het technische platform door de Hongaarse Staat te verzekeren.

Het HvJEU oordeelde dat systeem een eis vormt in de zin van artikel 15, lid 2 onder d) Drl. Dit systeem behoudt de toegang tot het verrichten van diensten voor mobiele betalingen immers voor aan het bedrijf van de Hongaarse staat. Vervolgens beoordeelde het HvJEU of deze eis gerechtvaardigd kon worden aan de hand van de criteria in artikel 15 lid 3 Drl. Dit was niet het geval. Er waren minder vergaande mogelijkheden waarmee de door Hongarije beoogde doelstellingen kunnen worden bereikt, zoals een systeem van concessies gebaseerd op een procedure die openstaat voor mededinging.

- 5.9 Dit neemt niet weg dat het onder omstandigheden wel mogelijk is dergelijke eisen te stellen. Dit volgt bijvoorbeeld uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Staat der Nederlanden/Essent e.a.*,¹⁹ dat is geweest na het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU.²⁰ Dit arrest ziet op het groepsverbod, waaronder een privatiseringsverbod dat inhoudt dat de aandelen in een op het Nederlandse grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten, direct of indirect door de in de nationale regelgeving omschreven overheidsentiteiten moeten worden gehouden. De belangen die dit groepsverbod beoogt te dienen, zijn – kort gezegd - het voorkomen van kruissubsidiëring, de bescherming van afnemers van netbeheerdiensten en het garanderen van de leveringszekerheid. Het HvJEU heeft in antwoord op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad geoordeeld dat deze belangen kunnen worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang. Het stond, aldus het HvJEU, aan de Hoge Raad om na te gaan of de betrokken beperkingen geschikt en noodzakelijk zijn. De Hoge Raad acht het groepsverbod inderdaad geschikt om genoemde belangen te dienen. Ook wordt voldaan aan de voorwaarde dat deze doelstellingen niet met minder vergaande middelen kunnen worden bereikt. Alternatieve maatregelen (zoals een stapsgewijze privatisering) waren serieus overwogen, maar zijn terecht als niet of onvoldoende effectief van de hand gewezen. De Staat had voldoende onderbouwd dat alleen met deze maatregelen de beoogde doelstellingen gelijktijdig en op het nagestreefde niveau bereikt kunnen worden. De Hoge Raad concludeerde dat het groepsverbod niet in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU.

¹⁹ Hoge Raad, 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1728.

²⁰ HvJEU 22 oktober 2013, gevoegde zaken C-105/12, C-106/12 en C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677 (Staat der Nederlanden / Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV, Delta NV.).

6 Analyse

De door de decentrale overheden gewenste eisen vormen een beperking van het vrij verkeer

- 6.1 Het verzoek van de decentrale overheden komt erop neer dat eisen mogen worden gesteld aan 1) de samenwerkingsvorm van het warmtebedrijf (een integraal warmtebedrijf of een joint-venture) en/of 2) aan de eigendomssituatie van het warmtebedrijf. Daarmee willen gemeenten kunnen kiezen uit verschillende modellen, afhankelijk van de situatie in de gemeente.
- 6.2 Beide eisen vormen een beperking van de uitoefening van het vrij verkeer binnen de Europese Unie.
- 6.3 Dergelijke eisen vormen in de eerste plaats een beperking vormen van de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU).²¹ Zij hebben immers tot gevolg dat private partijen niet of slechts voor een deel (als partij in een joint-venture) in aanmerking kunnen komen om te worden aangewezen. Indien wordt voorgeschreven dat alleen een integraal warmtebedrijf in aanmerking komt voor een aanwijzing, zijn partijen die met elkaar in een joint-venture willen samenwerken immers op voorhand uitgesloten (en andersom). Indien daarbovenop of in plaats daarvan wordt voorgeschreven dat alleen een *publiek* warmte(net)bedrijf in aanmerking komt voor aanwijzing, zijn private warmtebedrijven uitgesloten van mededinging. Hierdoor worden zij belemmerd zich in Nederland als warmtebedrijf te vestigen en hier diensten aan te bieden.
- 6.4 Dat deze vereisten de vrijheid van vestiging belemmeren, komt ook tot uitdrukking in de Dienstenrichtlijn.²² In artikel 15 van deze Richtlijn is als gezegd een lijst met verdachte eisen opgenomen die een beperking van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters vormen. Het voorschrijven van een bepaalde rechtsvorm wordt genoemd als verdachte eis (artikel 15 lid 2 onder b Drl), evenals het stellen van eisen aan het aandeelhouderschap van een onderneming (artikel 15 lid 2 onder c Drl).²³ Ook eisen die de toegang tot de betrokken dienstenactiviteit (in casu het aanleggen en exploiteren van infrastructuur en leveren van warmte) wegens de specifieke aard ervan voorbehouden aan bepaalde dienstverrichters wordt genoemd als verdachte eis

²¹ Zie ten aanzien van de rechtsvorm bijvoorbeeld HvJEG 26 januari 2006, zaak C-514/03, ECLI:EU:C:2006:63, (*Commissie/Spanje*), r.o. 31-32; en HvJEG 15 januari 2002, zaak C-439/99, ECLI:EU:C:2002:14 (*Commissie/Italië*).

²² Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (PbEU L 376).

²³ De zaak CMRVO zag onder meer op een nationale regeling die vereist dat de aandelen van de structuren via welke de detailverkoop van diergeneesmiddelen plaatsvindt, volledig in handen waren van dierenartsen. Het HvJEU kwalificeerde deze regeling als een eis in de zin van artikel 15 lid 2 onder c) Drl (eisen aangaande het aandeelhouderschap van een onderneming). HvJEU 1 maart 2018, zaak C-297/16, ECLI:EU:C:2018:141 (*CMVRO*). Zie ook buiten de Dienstenrichtlijn: HvJEG 19 mei 2009, gevoegde zaken C-171/07 en C-172/07, ECLI:EU:C:2009:316 (*Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*).

(artikel 15 lid 2 onder d Drl). Deze eisen zijn overigens afgeleid uit de eerdergenoemde rechtspraak van het HvJEU.

- 6.5 De eis dat alleen een publiek warmtebedrijf kan worden aangewezen, kan bovendien het verwerven van aandelen beperken of investeerders uit andere lidstaten ervan weerhouden in die ondernemingen te investeren. Aldus brengt dit vereiste ook een beperking van het vrij verkeer van kapitaal met zich zoals neergelegd in artikel 63 VWEU.

Kunnen de eisen worden gerechtvaardigd?

- 6.6 De vervolgvraag is of de beperkingen die de eisen met zich brengen kunnen worden gerechtvaardigd. Dit dient te worden nagegaan aan de hand van de vier voorwaarden zoals uiteengezet in § 5.5.²⁴ Onze conclusie luidt dat dit binnen het kader van het Wetsvoorstel zoals dat thans voorligt, niet het geval is. Dit lichten wij toe.
- 6.7 In het Wetsvoorstel is, zoals uiteengezet in § 3.6, uitdrukkelijk gekozen voor een uniforme regeling die geldt voor publieke en private bedrijven. In de MvT is aangegeven dat het voor het borgen van de publieke belangen betaalbaarheid, leveringszekerheid/betrouwbaarheid en duurzaamheid niet noodzakelijk wordt geacht om voor te schrijven dat het warmtesysteem publiek eigendom is. Dit zou, aldus de MvT, een 'ingrijpende maatregel' en niet-proportioneel zijn. Het wettelijk kader biedt volgens de MvT voldoende waarborgen om deze publieke belangen te dienen, mede gelet op de wettelijke verantwoordelijkheden van een aangewezen warmtebedrijf.²⁵ Het Wetsvoorstel laat bovendien uitdrukkelijk verschillende samenwerkingsvormen toe, waarbij aanvullende eisen zijn opgenomen voor het geval een warmtenetbedrijf voor het warmtebedrijf de werkzaamheden uitvoert of het aangewezen warmtebedrijf een joint-venture is. Deze aanvullende eisen moeten waarborgen dat het warmtebedrijf zijn wettelijke taken kan vervullen.
- 6.8 Dit maakt dat het voor gemeenten op voorhand niet goed mogelijk is om te onderbouwen dat het wél gerechtvaardigd, laat staan noodzakelijk, is om met het oog op genoemde publieke belangen eisen te stellen aan de samenwerkingsvorm of de eigendomssituatie. Niet valt in te zien op basis waarvan gemeenten zouden kunnen betogen dat de in het Wetsvoorstel opgenomen waarborgen in hún geval niet volstaan om deze belangen te dienen, maar dat hiervoor striktere eisen nodig zijn. Private marktpartijen die niet kunnen worden aangewezen als warmtebedrijf of zouden kunnen

²⁴ Uit de rechtspraak van het HvJEU volgt niet dat het vereiste dat een warmtebedrijf (deels) in publiek eigendom dient te zijn, moet worden aangemerkt als discriminatie op grond van nationaliteit. In zoverre is aan voorwaarde 1) voldaan.

²⁵ MvT wetsvoorstel, p. 64.

deelnemen aan een joint-venture zouden naar verwachting met succes bij de rechter kunnen betogen dat de beoogde publieke belangen met minder vergaande middelen kunnen worden bereikt. Dit volgt immers rechtstreeks uit de onderbouwing van het in het Wetsontwerp gekozen reguleringsmodel in de MvT.

- 6.9 Daar komt nog bij dat hier wringt dat de decentrale overheden uiteindelijk een ander marktordeningsmodel voor ogen hebben dan waarin het Wetsvoorstel voorziet. Zowel de decentrale overheden als het Wetsvoorstel spreken over een 'integrale verantwoordelijkheid'. De betekenis hiervan verschilt echter. Het Wetsvoorstel gaat uit van een integrale verantwoordelijkheid met betrekking tot de (verticale) keten van de collectieve warmtesystemen, namelijk productie, transport en levering. Dit houdt verband met de technische kenmerken van een warmtebron en een warmtekavel. De integrale verantwoordelijkheid die de decentrale overheden nastreven, heeft betrekking op de verantwoordelijkheid van het leveren van warmte als zodanig, waarbij de verschillende modaliteiten gas, elektriciteit en de collectieve warmtesystemen communicerende vaten zijn (horizontaal). De productie en levering van warmte vallen hier echter niet (noodzakelijkerwijs) onder. Dit impliceert dat de verschillende taken in de keten wel door verschillende partijen kunnen worden verricht. Wij zien niet goed hoe deze twee uiteenlopende ordeningen of het streven daarnaar, binnen het huidige Wetsvoorstel met elkaar te verenigen zijn. Het opnemen van een bevoegdheid voor gemeenten met het oog op een mogelijke toekomstige situatie waarin de verschillende taken in de keten juist van elkaar worden losgeknipt, zou afbreuk doen aan het in het Wetsvoorstel uitgewerkte reguleringsmodel en de redenering in de MvT dat splitsing juist niet wenselijk is. Dit zou de onderbouwing in het Wetsvoorstel dat op het warmtekavel slechts één exclusief recht kan worden verleend, kunnen ondergraven.
- 6.10 Ook los van hetgeen in het Wetsvoorstel is opgenomen, zien wij in de overwegingen die de decentrale overheden hebben genoemd op dit moment onvoldoende aanknopingspunten om te concluderen dat het stellen van de eisen gerechtvaardigd zou kunnen zijn. De wens van gemeenten om zelf volledig de regie te hebben over de samenwerkingsvorm of eigendomssituatie van het warmtebedrijf vormt ons inziens onvoldoende grond om dergelijke eisen (in combinatie of afzonderlijk van elkaar) te stellen. Dit zou immers betekenen dat decentrale overheden met een beroep op hun autonomie maatregelen kunnen nemen die het vrij verkeer beperken, waar dat op wetgevingsniveau niet wenselijk en nodig wordt geacht. Ook het enkele doel om een warmtenet in publieke handen te houden vormt op zichzelf geen dwingende reden van algemeen belang. Publiek eigendom kan immers enkel worden gerechtvaardigd indien het dient als noodzakelijk middel om een hoger doel ter bereik, bijvoorbeeld leveringszekerheid, en niet als doel op zich.

- 6.11 Naar moet worden verondersteld zal de eis over de samenwerkingsvorm in de praktijk worden gecombineerd met het voorschrijven van de eigendomssituatie. Het stellen van (enkel) een bepaalde samenwerkingsvorm is minder beperkend dan een combinatie van beide, maar daarmee nog niet gerechtvaardigd. Het voorschrijven van de samenwerkingsvorm zal immers niet geschikt zijn het beoogde doel (het houden van controle en zeggenschap door middel van publiek eigendom) te bereiken.

Conclusie

- 6.12 Onze conclusie luidt kort gezegd dat het opnemen in het Wetsvoorstel van de bevoegdheid voor gemeenten om (nadere) eisen te stellen aan de samenwerkingsvorm of de eigendomssituatie van een warmtebedrijf op gespannen voet staat met het Europese recht.

7 Hoe nu verder?

- 7.1 De vraag rijst of en zo ja, hoe binnen het huidige Wetsvoorstel tegemoet kan worden gekomen aan de verlangens van de decentrale overheden. Wij menen dat de rangschikkingscriteria die gemeentes kunnen hanteren met het oog op de aanwijzing van warmtebedrijven aanmerkelijke ruimte moeten kunnen bieden om de belangen tot gelding te laten komen die zij beogen te beschermen door het stellen van eisen met betrekking tot de samenwerkingsvorm of de eigendom van warmtebedrijven.
- 7.2 Artikel 2.3 lid 6 van het Wetsvoorstel bepaalt dat indien er meerdere aanvragen zijn ingediend om te worden aangewezen als warmtebedrijf, het college de aanvragen dient te rangschikken. Daarbij wordt een aanvraag hoger gerangschikt naarmate a) het aannemelijker is dat de normen met betrekking tot duurzaamheid worden bereikt b) de doelmatige en kosteneffectieve aanleg en exploitatie van de collectieve warmtevoorziening beter wordt geborgd c) de leveringszekerheid beter wordt gewaarborgd d) het warmtebedrijf de toekomstige verbruikers beter zal betrekken bij de aanleg, ontwikkeling en exploitatie van de collectieve warmtevoorziening en e) aannemelijker is dat het door het warmtebedrijf opgestelde globaal kavelplan technisch, financieel en organisatorisch uitgevoerd kan worden. Het college is bevoegd aan deze rangschikkingscriteria binnen een bandbreedte een weging toe te kennen (artikel 2.3 lid 8 Wetsvoorstel).
- 7.3 Zoals in het voorgaande aangegeven, is er geen ruimte voor gemeentes om vooraf te bepalen dat enkel overheidsbedrijven of specifieke samenwerkingsverbanden voor een aanwijzing als warmtebedrijf in aanmerking kunnen komen. Voor zover die voorkeur echter is ingegeven door de verwachting dat een overheidsbedrijf of een bepaald samenwerkingsverband beter zal presteren op het punt van duurzaamheid,

kostenefficiëntie, leveringszekerheid en/of het overtuigen van beoogde toekomstige verbruikers van warmte, zouden die betere prestaties ook tot uiting moeten kunnen komen in de aanvragen van die samenwerkingsverbanden en bedrijven, c.q. in de beoordeling van die aanvragen. In beginsel zouden de wettelijke beoordelingscriteria gemeentes voldoende ruimte moeten bieden om de relevante publieke belangen af te wegen op een wijze die recht doet aan de specifieke situatie in de betrokken gemeente. Wij nemen aan dat de decentrale overheden zullen worden betrokken bij de voorbereiding van een eventuele algemene maatregel van bestuur en daarop te baseren lagere regelgeving waarbij nadere regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de aanwijzingsprocedure (vgl. artikel 2.3 lid 11 Wetsvoorstel), dit mede met het oogmerk te borgen dat de beoordelingsruimte voor gemeentes niet onnodig wordt beperkt.

- 7.4 Tot zover ons advies. Vanzelfsprekend zijn wij graag bereid mee te denken met het nemen van eventuele vervolgstappen. Voor een samenvatting en conclusie verwijzen wij graag naar hoofdstuk 2.
