

MEMORANDUM

Aan Vereniging Energie Nederland

Van A&O Shearman

Kenmerk 0046617-0000041 EUO3: 2015722781.11

Dateum 27 augustus 2024

Onderwerp **Europeesrechtelijk toetsingskader publiek meerderheidsbelang WCW**

1. INLEIDING EN CONCLUSIE

1.1 Inleiding

- (1) De Minister voor Klimaat en Energie (**Minister**) heeft recent het wetsvoorstel Wet collectieve warmte (**WCW**) bij de Tweede Kamer ingediend.¹ Een belangrijk element van de WCW is dat een gemeente in de toekomst alleen nog maar een warmtebedrijf kan aanwijzen met een publiek meerderheidsbelang.² Die verplichting leidt tot een beperking van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (**VWEU**).³ De vraag is of die beperking verenigbaar is met het Europese recht.
- (2) Vereniging Energie Nederland (**Energie Nederland**) heeft ons naar aanleiding van een eerdere versie van de WCW gevraagd of een verplicht publiek meerderheidsbelang, gezien de beoogde doelstellingen, leidt tot een toelaatbare inmenging in het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.⁴ Dat betrof de versie die de Minister ter advisering had voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State (**Raad van State**). In zijn advies constateerde de Raad van State dat onvoldoende overtuigend was gemotiveerd waarom het vereiste publiek meerderheidsbelang een beperking van het Europeesrechtelijke vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van vestiging rechtvaardigt en dat moet worden ingegaan op minder belemmerende alternatieven. De Raad van State deed ook suggesties voor dergelijke alternatieven: een transparante selectieprocedure op basis van objectieve rangschikkingscriteria of een gemeentelijke keuze voor het type aandeelhouderschap.⁵

¹ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT).

² Artikel 2.2 lid 1 WCW.

³ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 136.

⁴ Memorandum van 25 oktober 2023, WCW: Europeesrechtelijke beoordeling nationalisering warmtebedrijven en aanpassing groepsverbod.

⁵ Op verzoek van EZK heeft de landsadvocaat hier advies over uitgebracht. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2024/06/14/nader-rapport-wetsvoorstel-wet-collectieve-warmte> (laatst geraadpleegd op 17 juli 2024).

- (3) In de Memorie van Toelichting (**MvT**) van de WCW komt nogmaals aan de orde of er sprake is van een evenredige inmenging in de Europese verkeersvrijheden. In deze notitie bespreken wij het Europeesrechtelijke toetsingskader voor de beoordeling van een dergelijke inmenging, de argumenten die de Minister op dit punt naar voren brengt en of die argumenten voldoen aan het Europeesrechtelijke toetsingskader. Energie Nederland heeft daarnaast PwC gevraagd te beoordelen in hoeverre een verplicht publiek meerderheidsbelang uit economisch oogpunt noodzakelijk is.⁶ Het onderzoek van PwC (**het PwC-rapport**) geeft daarmee invulling aan een onderdeel van de evenredigheidstoets die hieronder is beschreven.

1.2 Conclusie

- (4) De WCW voldoet niet aan het Europeesrechtelijke toetsingskader. De daarin opgesloten evenredigheidstoets houdt in de kern in dat een inmenging in het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging pas gerechtvaardigd is als een maatregel is ingegeven door een dwingende doelstelling van algemeen belang, geschikt is om die doelstelling te realiseren en het vrij verkeer niet verdergaand beperkt dan noodzakelijk. Gezien deze criteria achten wij de argumenten van de Minister om een verplicht publiek meerderheidsbelang te rechtvaardigen onvoldoende. Per argument oordelen wij samengevat als volgt:
- (i) De vermeende **betere borging van publieke belangen** zoals de bescherming van de verbruiker, betaalbaarheid, leveringszekerheid en het milieu en klimaat zou een dwingende doelstelling van algemeen belang kunnen opleveren. Een verplicht publiek meerderheidsbelang lijkt evenwel geen geschikte maatregel om deze doelstelling te realiseren, aangezien de daarvoor vereiste deskundigheid, financieringscapaciteit bij de meeste publieke partijen ontbreken. Ook is er geen reden te veronderstellen dat publieke partijen die vereisten op termijn beter zullen invullen dan private partijen. Onduidelijk is of de Rijksoverheid bereid is het gebrek aan financieringscapaciteit te compenseren, mede gezien de andere benodigde investeringen uit hoofde van de energietransitie. In de praktijk is bovendien gebleken dat publieke aandeelhouders de financiële risico's van warmte-assets niet beter kunnen beheersen dan private aandeelhouders. Tot slot worden de betaalbaarheid, betrouwbaarheid en duurzaamheid al doeltreffend gewaarborgd door regulering in de WCW, waardoor een verplicht publiek meerderheidsbelang niet noodzakelijk is.
 - (ii) Het **vitale belang van het warmtenet** kan een dwingende doelstelling van algemeen belang opleveren, maar het ontbreekt aan het vereiste bewijs dat een verplicht publiek meerderheidsbelang geschikt is om de continuïteit van warmtebedrijven te waarborgen. Enkele recente voorbeelden van warmte-assets in publieke handen wijzen zelfs op het tegendeel. Het vitale belang van het warmtenet kan bovendien doeltreffend worden gewaarborgd door regulering, waarbij ongewenste zeggenschap in collectieve warmtevoorzieningen kan worden voorkomen door toepassing van de Wet Vifo. Ook aan de noodzakelijkheidstoets is daardoor niet voldaan. De beoogde **aansluiting op het beleid voor andere vitale sectoren** levert ten slotte geen dwingende doelstelling van algemeen belang op, maar hoogstens een, door de Minister gewenste, bijkomende omstandigheid.
 - (iii) Op basis van de MvT is twijfelachtig of de beoogde **afstemming tussen bestuurlijke keuzes op het gebied van de warmtetransitie en de bedrijfsvoering van het warmtebedrijf** een dwingende doelstelling van algemeen belang oplevert. Daarbij neemt de Minister aan dat gemeenten, door een publiek meerderheidsbelang, meer geneigd zijn hun bevoegdheidsuitoefening te laten aansluiten op de belangen van het warmtebedrijf. Deze aanname miskent dat een publiek meerderheidsbelang niet alleen kan worden gehouden door gemeenten, maar ook door andere overheden. Een verplicht publiek meerderheidsbelang is daarom geen geschikte maatregel om dit belang te behartigen. Ook zijn er doeltreffende

⁶ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, Onderzoek naar de noodzaak van het vereiste van een publiek meerderheidsbelang voor het borgen van publieke belangen in de warmtesector, augustus 2024.

alternatieve, minder verstreckende maatregelen die een vergelijkbare prikkel creëren voor gemeenten, zoals een minderheidsbelang, subsidies of garanties.

- (iv) De beoogde **maatschappelijke voordelen met betrekking tot de financiering** van collectieve warmtevoorzieningen lijken een belang van zuiver economische aard op te leveren. Dat is geen dwingende doelstelling van belang. Ook leidt een publiek meerderheidsbelang in beginsel niet tot een verlaging van de financieringskosten, maar tot een overheveling van de financieringskosten van de warmteverbruiker naar de belastingbetaler. Een publiek meerderheidsbelang is om die reden geen geschikte maatregel om de genoemde maatschappelijke, financiële voordelen te behalen. Daarnaast zijn er doeltreffende alternatieve manieren om voordelen te behalen bij de financiering van collectieve warmtevoorzieningen, waaronder subsidieregelingen, co-investering en garantieverlening vanuit de overheid.
- (v) Een **breed gedragen wens van gemeenten en provincies en de versterking van het draagvlak voor collectieve warmte** levert geen dwingende doelstelling van algemeen belang op en kan reeds om die reden de evenredigheidstoets niet doorstaan. Ook ontbreekt het aan enig onderzoek naar alternatieve maatregelen die het draagvlak voor collectieve warmte zouden kunnen versterken.

(5) Onze analyse kan als volgt samengevat worden:

	Dwingende doelstelling van algemeen belang?	Onderbouwing geschiktheid	Onderbouwing noodzakelijkheid	Rechtvaardiging beperking vrij verkeer
Borging publieke belangen	Mogelijk, maar beperkt onderbouwd in de MvT	Onvoldoende, vereiste deskundigheid en financiële capaciteit bij publieke aandeelhouders ontbreekt	Onvoldoende, regulering WCW is geschikt om publieke belangen te borgen, toelichting op ongeschiktheid regulering ontbreekt	Nee
Waarborging vitaal belang & aansluiting bij andere sectoren	Mogelijk, maar beperkt onderbouwd in de MvT	Onvoldoende, geen garantie op beter bestuur in crisissituaties	Onvoldoende, geen vergelijking met waarborging door private partijen. Daarnaast bescherming o.g.v. Wet Vifo mogelijk	Nee
Afstemming bestuurlijke keuzes	Nee	Onvoldoende, betere afstemming onzeker door variëteit van (i) aandeelhouders en (ii) belangen	Onvoldoende, alternatieven zoals minderheidsbelang en subsidies / garanties niet onderzocht	Nee
Financieringsvoordelen	Nee	Onvoldoende, maatschappelijke voordelen komen mogelijk ten laste van belastingbetaler	Onvoldoende, niet aangetoond dat private partijen minder investeren of tegen hogere rentes lenen	Nee
Wens gemeenten en provincies	Nee	Onvoldoende, geen dwingende reden van algemeen belang	Onzeker dat meer draagvlak voor warmte komt; alternatieven daarvoor niet onderzocht	Nee

2. TOETSINGSKADER VRIJ VERKEER VAN KAPITAAL EN VRIJHEID VAN VESTIGING

- (6) Een regeling waarin overheden activiteiten naar zich toe trekken door middel van een verplicht publiek meerderheidsbelang moet voldoen aan de randvoorwaarden van het Europees recht, waaronder het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.⁷ Een maatregel die leidt tot een beperking van het vrij verkeer van kapitaal,⁸ het vrij verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging⁹ is alleen toegestaan als deze:
- (a) non-discriminatoir is;
 - (b) wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang;
 - (c) geschikt is om het beoogde doel te bereiken; en
 - (d) niet verder gaat dan noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken.
- (7) De laatste drie elementen hierboven vormen samen de evenredigheidstoets.¹⁰ Het is aan overheden om aan te tonen dat de regeling voldoet aan de eisen van deze evenredigheidstoets. Daarbij moeten lidstaten bij hun redenen ter rechtvaardiging van beperkende maatregelen een analyse over de geschiktheid en evenredigheid voegen en hun betoog met nauwkeurige gegevens staven.¹¹
- (8) De evenredigheidstoets draait daarom vooral om de concrete motivering van de overheid en verschilt daarom van geval tot geval. Zo schreef de Griekse overheid een specifieke rechtsvorm voor aan opleidingsinstellingen om de kwaliteit van opleidingen te waarborgen en de oprichting van instellingen in perifere gebieden te vereenvoudigen.¹² Bij gebrek aan een overtuigende onderbouwing, was deze maatregel niet geschikt om de beoogde doelstelling te bereiken.¹³ Daarentegen was de Nederlandse Staat wel in staat om in de zogenaamde Splitsingszaak de Hoge Raad¹⁴ ervan te overtuigen dat het groepsverbod in de Elektriciteitswet en Gaswet¹⁵ gerechtvaardigd was door dwingende doelstellingen van algemeen belang. Daarbij was relevant dat (o.a.) het belang van het voorkomen van kruissubsidiëring en het garanderen van de leveringszekerheid gewaarborgd wordt door de structurele scheiding tussen netbeheer en de commerciële activiteiten en dat het groepsverbod bijdraagt aan de doelstellingen van de Europese Elektriciteits- en Gasrichtlijnen. Het uiteindelijke doel van het groepsverbod is om de concurrentie op de markten voor de productie en levering van en handel in elektriciteit en gas te stimuleren.
- (9) Een regeling gaat in ieder geval verder dan noodzakelijk als er doeltreffende maatregelen mogelijk zijn die de betreffende verkeersvrijheid minder beperken.¹⁶ Een monopolie dat de Hongaarse overheid had ingesteld voor bepaalde mobiele betaaldiensten voldeed bijvoorbeeld niet aan dit vereiste. De Hongaarse overheid had de beoogde doelstelling ook kunnen realiseren met een systeem van concessies.¹⁷

⁷ HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727 (*Staat/Essent e.a.*), r.o. 3.2.1.

⁸ Artikel 63 VWEU.

⁹ Artikel 49 VWEU jo. artikel 54 VWEU.

¹⁰ Wij laten de eis dat een maatregel non-discriminatoir moet zijn in deze notitie verder onbesproken.

¹¹ Zie o.a. HvJ EU 22 december 2009, ECLI:EU:C:2008:759 (*Commissie/Oostenrijk*), r.o. 36.

¹² In de context van een toetsing aan artikel 15 lid 3 richtlijn 2006/123 (de **Dienstenrichtlijn**). Zie HvJ EU 26 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:534, C-729/17 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 67.

¹³ Idem, r.o. 68. Zie ook HvJ EU 23 oktober 1997, ECLI:EU:C:1997:504, zaak C-189/95, r.o. 76-77.

¹⁴ HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727 (*Staat/Essent e.a.*).

¹⁵ Het groepsverbod houdt in dat een netbeheerder op het gebied van elektriciteit en/of gas niet in dezelfde groep verbonden kan zijn met een producent, handelaar of leverancier van elektriciteit en/of gas.

¹⁶ HvJ EU 19 mei 2009, ECLI:EU:C:2009:316, zaak C-171/07 en C-172/07 (*Apothekerkammer des Saarlandes*), r.o. 53.

¹⁷ HvJ EU 7 november 2018, zaak C-171/17, ECLI:EU:C:2018:881 (*Commissie/Hongarije*), r.o. 82.

3. ARGUMENTEN MINISTER VOOR VERPLICHT PUBLIEK MEERDERHEIDSBELANG

- (10) Voor een toelaatbare inmenging in het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging moet een maatregel zijn ingegeven door een dwingende reden van algemeen belang. Het verplichte publieke meerderheidsbelang in de WCW is volgens de Minister noodzakelijk vanwege de aard en de omvang van de maatschappelijk opgave bij collectieve warmte.¹⁸ Een publiek meerderheidsbelang zou de publieke regie op de warmtetransitie versterken en publieke belangen als de bescherming van de verbruiker, het beschermen van de leveringszekerheid en de bescherming van milieu en klimaat beter borgen.¹⁹ De Minister wijst in dit kader op de volgende meer specifieke argumenten voor een publiek meerderheidsbelang:²⁰
- (i) **betere borging van publieke belangen** zoals de bescherming van de verbruiker, de leveringszekerheid, de bescherming van milieu en klimaat en betaalbaarheid (hierna kortweg aangeduid als betaalbaarheid, betrouwbaarheid en duurzaamheid), door meer sturingsmogelijkheden voor overheden vanuit hun sleutelrol in de warmtetransitie. Die sturingsmogelijkheden zouden op grond van alleen regulering onvoldoende zijn, omdat een publieke partij dan niet de koers van het warmtebedrijf van binnenuit kan bepalen en zo niet gewaarborgd wordt dat een bedrijf proactief handelt in het publiek belang. Daarnaast zouden burgers het aandeelhouderschap van overheden kritischer volgen, waardoor een sterke democratische controle mogelijk is. Ook zouden de sturingsmogelijkheden op basis van regulering, door het reactieve karakter van het toezicht, de heterogeniteit op de warmtemarkt en het grote aantal collectieve warmtesystemen, te beperkt zijn. Met een publiek meerderheidsbelang vindt sturing aan de voorkant plaats en zullen warmtebedrijven meer rekening houden met publieke belangen buiten hun eigen afzetgebied;²¹
 - (ii) het toenemende **vitale belang van het warmtenet**, waardoor een steeds grotere groep afnemers volledig afhankelijk zal worden van collectieve warmte en één leverancier van die warmte, en **aansluiting op het beleid voor andere vitale sectoren**. Met een publiek meerderheidsbelang kan volgens de Minister sneller gehandeld worden bij acute noodsituaties en kunnen warmtebedrijven in crisissituaties met een bredere impact op de energievoorziening bedrijfseconomische afwegingen tijdelijk minder zwaar laten wegen dan publieke belangen als betaalbaarheid en leveringszekerheid. ²² Bij alleen regulering zou dit vermogen beperkter zijn.²³ Verder zou een publiek meerderheidsbelang ongewenste zeggenschap in vitale warmte-infrastructuur voorkomen en sluit een dergelijk beleid aan op het Nederlandse beleid voor andere vitale infrastructuren zoals gas, elektriciteit, drinkwater en spoor;²⁴
 - (iii) een betere en directere **afstemming tussen bestuurlijke keuzes op het gebied van de warmtetransitie en de bedrijfsvoering van het warmtebedrijf**. Door deze afstemming kunnen gemeenten hun planologische bevoegdheden op grond van de WCW en de Wet gemeentelijke instrumenten warmtetransitie inzetten met oog voor het bedrijfseconomisch belang van een warmtebedrijf.²⁵ Met alleen regulering zouden gemeenten daar onvoldoende rekening mee houden. Andersom zouden private warmtebedrijven minder rekening houden met de belangen van andere warmtebedrijven in aangrenzende regio's;²⁶
 - (iv) een publiek meerderheidsbelang biedt **maatschappelijke voordelen met betrekking tot de financiering** van collectieve warmtevoorzieningen. Voor warmtebedrijven met een publiek

¹⁸ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 8.

¹⁹ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 159.

²⁰ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 9 t/m 14.

²¹ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 10 en p. 137.

²² *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 10-11.

²³ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 137.

²⁴ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 11.

²⁵ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 11.

²⁶ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 138.

meerderheidsbelang is het aannemelijker dat zij genoeg nemen met een lager rendement dan een privaat warmtebedrijf en dat rendement herinvesteren in de warmtetransitie. Verder wordt aangenomen dat hun investeringen gemakkelijker doorgang vinden door lagere rentes op leningen en lagere interne ‘hurdle rates’.²⁷ Met alleen regulering blijven deze voordelen onbenut;²⁸ en

- (v) een publiek meerderheidsbelang is een **breed gedragen wens van gemeenten en provincies**. Daarnaast rekenen gemeenten erop dat met een publiek meerderheidsbelang burgers meer vertrouwen hebben in een warmtebedrijf en daardoor sneller bereid zijn om aan te sluiten op een collectieve warmtevoorziening.²⁹ Doordat burgers volgens de Minister onvoldoende vertrouwen hebben in private warmtebedrijven, komt een hybride marktordeningsmodel het draagvlak voor de warmtetransitie niet ten goede.³⁰

4. DE EUROPEESRECHTELIJKE EISEN WAARAAN DE WCW MOET VOLDOEN

- (11) Zoals gezegd vormt het verplichte publieke meerderheidsbelang in warmtebedrijven een inmenging in het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging. Tegen deze achtergrond moet de maatregel worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (onderdeel a), geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken (onderdeel b) en niet verder gaan dan noodzakelijk (onderdeel c).
 - (a) Is sprake van een dwingende doelstelling van algemeen belang?
 - (b) Is een verplicht publiek meerderheidsbelang in warmtebedrijven een geschikte maatregel om de dwingende doelstelling van algemeen belang te realiseren?
 - (c) Is een verplicht publiek meerderheidsbelang noodzakelijk om de dwingende doelstelling van algemeen belang te realiseren?

Ad a) Dwingende doelstelling van algemeen belang?

- (12) Allereerst is de vraag of de in paragraaf 3 genoemde publieke belangen en argumenten voor een publiek meerderheidsbelang kwalificeren als dwingende doelstellingen van algemeen belang. Zo kan de bescherming van de verbruiker, evenals het waarborgen van een dienst van algemeen economisch belang, volgens de rechtspraak kwalificeren als een dwingende doelstelling van algemeen belang.³¹ Zuiver economische redenen kunnen volgens vaste Europese rechtspraak evenwel geen dwingende reden van algemeen belang vormen.³²
- (13) Gezien het toetsingskader uit de Europese rechtspraak hebben wij de volgende observaties over de belangen die de Minister heeft aangevoerd ter rechtvaardiging van een publiek meerderheidsbelang:
 - (i) De vermeende **borging van publieke belangen** zoals betaalbaarheid, betrouwbaarheid en duurzaamheid, kunnen dwingende doelstellingen van algemeen belang opleveren, maar de onderbouwing op dit punt is gebrekkig. Zo heeft de WCW ook betrekking op warmteleveringen aan bedrijven (B2B-leveringen), terwijl daar geen overheidstaak is weggelegd om betrouwbaarheid en betaalbaarheid van warmte te waarborgen.
 - (ii) Het **toenemende vitale belang van warmtenetten** kan een dwingende doelstelling van algemeen belang zijn. De beoogde **aansluiting op het beleid voor andere vitale sectoren**

²⁷ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 12.

²⁸ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 138.

²⁹ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 13.

³⁰ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 138.

³¹ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 4, p. 9 en HvJ EU 27 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:144 (*Associação Peço a Palavra*), r.o.72-73.

³² Zie o.a. HvJ EU 15 april 2010, ECLI:EU:C:2010:185 (*Pest Megyei Bíróság*), r.o. 48.

lijkt op zichzelf geen dwingende doelstelling van algemeen belang te zijn, maar hooguit een – door de Minister wenselijk geachte – bijkomende omstandigheid van een publiek meerderheidsbelang.

- (iii) Op basis van de MvT is niet aannemelijk waarom een directere **afstemming tussen bestuurlijke keuzes op het gebied van de warmtetransitie en de bedrijfsvoering van het warmtebedrijf** een dwingende doelstelling van algemeen belang oplevert.
 - (iv) De vermeende **maatschappelijke voordelen met betrekking tot de financiering** van collectieve warmtevoorzieningen lijken economisch van aard te zijn. Belangen van zuiver economische aard leveren evenwel geen dwingende doelstelling van algemeen belang op.
 - (v) Dat een publiek meerderheidsbelang tegemoet zou komen aan een **breed gedragen wens van gemeenten en provincies en het draagvlak voor collectieve warmte zou versterken** heeft geen onderscheidende betekenis. Een inperking van de Europese verkeersvrijheden komt immers altijd voort uit een wens van de overheid. Een wens van de centrale of lokale overheid levert op zichzelf dan ook geen dwingende doelstelling van algemeen belang op.
- (14) De Minister voert ter rechtvaardiging van een verplicht publiek meerderheidsbelang dus verschillende argumenten aan, die niet als een dwingende doelstelling van algemeen belang lijken te kwalificeren. Voor zover de aangevoerde belangen wel een dwingende doelstelling van algemeen belang opleveren, blijft op grond van de evenredigheidstoets vervolgens de vraag of een publiek meerderheidsbelang geschikt en noodzakelijk is om die doelstelling te waarborgen. Deze geschiktheids- en noodzakelijkheidseis bespreken wij hieronder.

Ad b) Geschikt?

- (15) Voor zover de genoemde argumenten een dwingende reden van algemeen belang opleveren, is vervolgens de vraag of het verplichte publieke meerderheidsbelang in warmtebedrijven geschikt is om dat belang te waarborgen. Uit Europese rechtspraak volgt dat de analyse van de geschiktheid met nauwkeurige gegevens moet worden gestaafd. Wij gaan hieronder per argument uit randnummer (10) na of de geschiktheid voldoende is onderbouwd, onder verwijzing naar de bevindingen van PwC op dit punt vanuit economisch perspectief:
- (i) Een verplicht publiek meerderheidsbelang moet geschikt zijn voor het **waarborgen van de publieke belangen** op de warmtemarkt. In de MvT stelt de wetgever dat *“een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang uit eigen beweging publieke belangen als consumentenbescherming, duurzaamheid of betaalbaarheid zwaarder zal laten wegen dan commerciële belangen.”*³³ Daardoor zouden de betrouwbaarheid, betaalbaarheid en duurzaamheid van het energiesysteem beter geborgd zijn. Op zichzelf zegt deze prikkel voor publieke warmtebedrijven echter niets over de geschiktheid van een publiek meerderheidsbelang voor die doeleinden.

De Raad van State constateert in zijn advies dat een publiek meerderheidsbelang geschikt kan zijn om de beoogde doelstellingen te realiseren, maar plaatst daar ook kanttekeningen bij.³⁴ Zo signaleert de Raad van State op basis van een eerder rapport van PwC dat de vereiste deskundigheid en financieringscapaciteit voor de aanleg van warmtesystemen onvoldoende aanwezig zijn bij de meeste publieke partijen. Daarnaast constateert de Raad van State dat er financiële risico's verbonden zijn aan de ontwikkeling en exploitatie van warmtevoorzieningen, die ook een publieke aandeelhouder slechts in beperkte mate kan beheersen.³⁵ Dit blijkt ook uit het feit dat verschillende warmte-assets die in handen zijn van

³³ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 3, p. 9.

³⁴ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 4, p. 10.

³⁵ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 4, p. 14.

lokale overheden in de problemen geraakten, zoals bijvoorbeeld warmteproducent AEB,³⁶ MeppelEnergie³⁷ en de overige voorbeelden uit het PwC-rapport.³⁸

Verder constateert de Raad van State ook dat er niet één publiek belang is, maar dat er een “*divers palet aan belangen*” is en dat die belangen kunnen conflicteren. Zo stelt de Raad van State dat voor een gemeente dividendinkomsten nodig kunnen zijn om de begroting sluitend te krijgen, wat kan conflicteren met onder meer het belang tijdig te investeren in verduurzaming van warmtesystemen. Ook zegt de Raad van State dat belangen van verschillende publieke aandeelhouders niet gelijklozend hoeven te zijn. Daardoor kunnen belangenafwegingen per publieke partij anders uitvallen en kunnen verschillen te zien zijn bij de invulling van het publieke aandeelhouderschap.³⁹ In haar reactie daarop stelt de Minister dat de sterke democratische controle en publieke zakelijkheid het prevaleren van eenzijdige lokale belangen kan voorkomen. Daaruit kan echter niet geconcludeerd worden dat alle publieke warmtebedrijven in lijn zullen handelen met de genoemde publieke belangen en dat publiek aandeelhouderschap geschikt is om die belangen te waarborgen.

Daarnaast is gebleken dat het bij regionale netwerkbedrijven ontbreekt aan voldoende personeel en er sprake is van een grote kapitaalbehoefte, die juist bij deze partijen leidt tot een financieringsuitdaging.⁴⁰ Zowel gemeenten als netwerkbedrijven als meerderheidsaandeelhouder zullen (start)kapitaal moeten inbrengen voor de investeringen in warmtenetten. Extern onderzoek op verzoek van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat toont aan dat decentrale overheden en publieke ondernemingen hiertoe niet in staat lijken zonder een aanzienlijke bijdrage van de Rijksoverheid om aan die behoefte te voldoen.⁴¹ Gezien de al significante investeringen in het kader van klimaatbeleid van de komende jaren is het sterk de vraag of de Rijksoverheid bereid is deze middelen te verschaffen. Daarmee rijzen op zijn minst sterke twijfels over de financiële geschiktheid van publiek aandeelhouderschap ter waarborging van genoemde doelen.

Tot slot volgt uit het PwC-rapport dat er een reëel risico is dat een verplicht publiek meerderheidsbelang de concurrentie verstoort door het wegvallen van concurrentie tussen warmte-oplossingen en aanbieders van collectieve warmtesystemen, met hogere kosten tot gevolg.⁴² Ook voorziet PwC een daling van private investeringen, waardoor de uitrol van nieuwe collectieve warmtesystemen vertraging oploopt.⁴³ Tegen deze achtergrond is een verplicht meerderheidsbelang ook niet geschikt om de betaalbaarheid, betrouwbaarheid en milieu te waarborgen.

- (ii) Een publiek meerderheidsbelang moet geschikt zijn om een **vitaal belang** van het collectieve warmtenet te waarborgen en aansluiting te realiseren op het **beleid voor andere vitale infrastructuren** zoals gas, elektriciteit, drinkwater en spoor. In de MvT stelt de Minister daarover dat een publiek meerderheidsbelang leidt tot meer interventiemogelijkheden in noodsituaties en de mogelijkheid om in crisissituaties bedrijfseconomische afwegingen minder te laten wegen dan publieke belangen.⁴⁴ Het veiligstellen van de verstrekking van warmte in geval van crisis wordt door het Hof van

³⁶ Zie bijvoorbeeld <https://www.nhnieuws.nl/nieuws/319367/afketsen-overname-aeb-nieuw-hoofdstuk-in-vuistdik-amsterdams-afval-dossier> (voor het laatst geraadpleegd op 26 augustus 2024).

³⁷ Zie bijvoorbeeld <https://www.rtvdrenthe.nl/nieuws/15676136/meppel-steekt-anderhalf-miljoen-euro-in-meppelenergie> (voor het laatst geraadpleegd op 26 augustus 2024).

³⁸ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 22.

³⁹ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 4, p. 23-24.

⁴⁰ Kamerbief 28 november 2022, kenmerk 2022-0000286516. Beschikbaar via: <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-7bf5354bd9188538486a8bcb81c4e453cbf08723/pdf> (voor het laatst geraadpleegd op 18 juli 2024).

⁴¹ Zie het rapport dat PwC heeft opgesteld in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. PwC, *Effecten van publiek eigendomsverplichting op de realisatiekracht voor collectieve warmtesystemen*, 5 augustus 2022. Beschikbaar via: <http://www.rijksoverheid.nl> (voor het laatst geraadpleegd op 18 juli 2024).

⁴² PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, paragraaf 2.3.

⁴³ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, paragraaf 2.4.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3, p. 10.

Justitie op zichzelf als reden van openbare veiligheid gezien en daarmee als een rechtvaardigingsgrond voor een beperking van vrij verkeer van kapitaal.⁴⁵ De eisen van openbare veiligheid moeten volgens het Hof evenwel strikt worden opgevat en kunnen slechts worden aangevoerd als sprake is van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast. Warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang moeten dus in staat zijn de continuïteit van de warmtelevering te waarborgen in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging. Het PwC-rapport laat zien dat een publiek meerderheidsbelang geen garantie geeft dat warmtebedrijven uit operationeel, technisch of financieel oogpunt beter bestuurd worden.⁴⁶ Een vitaal belang van het collectieve warmtenet is daarom niet noodzakelijkerwijs goed geborgd door een verplicht publiek meerderheidsbelang.

Daarnaast is het zeer onwaarschijnlijk dat aansluiting op het beleid voor andere vitale infrastructuren een dwingende doelstelling van algemeen belang oplevert, zoals hierboven toegelicht. Ook de Raad van State acht niet overtuigend gemotiveerd dat het vitale karakter van de warmtevoorziening aansluiting op het beleid voor andere vitale infrastructuren rechtvaardigt.⁴⁷ Doordat het in de MvT ontbreekt aan een koppeling tussen de kenmerken van de warmtesector en het beleid voor andere vitale infrastructuren, wordt niet aannemelijk dat dit beleid ook een publiek meerderheidsbelang voor de warmtesector rechtvaardigt. Het PwC-rapport laat zien dat er relevante verschillen zijn tussen de warmtesector en andere vitale infrastructuren, en dat een vitaal karakter van een sector niet altijd betekent dat die sector gebaat is bij publieke eigendom.⁴⁸

- (iii) Een publiek meerderheidsbelang moet geschikt zijn om een **betere en directe afstemming tussen bestuurlijke keuzes en de bedrijfsvoering van warmtebedrijven** te realiseren. De Minister stelt op dit punt dat gemeenten door een publiek meerderheidsbelang meer geneigd zouden zijn hun bevoegdheden te laten aansluiten bij de bedrijfseconomische belangen van het warmtebedrijf. Daarbij lijkt de Minister uit te gaan van het scenario dat gemeenten steeds zelf die publieke meerderheidsaandeelhouders zijn,⁴⁹ maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval. Sterker nog, de Minister lijkt elders juist een variëteit aan aandeelhouders te verwachten door het ontstaan van zowel regionale als provinciale warmtebedrijven.⁵⁰ Zoals toegelicht door PwC, schrijft de WCW ook niet voor dat een publiek meerderheidsbelang moet worden gehouden door een gemeente en heeft een gemeente geen directe financiële prikkel om rekening te houden met de belangen van andere publieke aandeelhouders.⁵¹ Tegen die achtergrond staat niet vast dat een publiek meerderheidsbelang leidt tot betere afstemming en daardoor geschikt is om de hier beoogde doelstelling van algemeen belang te realiseren.
- (iv) Een publiek meerderheidsbelang moet geschikt zijn voor het realiseren van **maatschappelijke voordelen met betrekking tot de financiering** van collectieve warmtevoorzieningen. De MvT toont evenwel niet aan dat een verplicht publiek meerderheidsbelang onder de streep werkelijk tot voordelen leidt met betrekking tot de financiering van de collectieve warmtevoorziening. Zoals toegelicht in het PwC-rapport, kunnen overheden over het algemeen weliswaar tegen een lagere rente geld lenen, maar komt die hogere kredietwaardigheid voort uit de mogelijkheid die overheden hebben om belasting te heffen om daarmee aan hun betalingsverplichtingen te voldoen.⁵² Voor zover de financieringskosten al lager worden door een verplicht publiek meerderheidsbelang, staat

⁴⁵ HvJ EU 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:272 (*Commissie/Spanje*), r.o. 72-73.

⁴⁶ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 16.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 4, p. 14.

⁴⁸ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 31-32.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 12.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 4, p. 24.

⁵¹ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 33.

⁵² PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, paragraaf 2.5.

daardoor in feite de belastingbetaler garant en wordt een (impliciete) subsidie verstrekt aan het warmtebedrijf. Een verplicht meerderheidsbelang leidt dus tot een *overheveling* van kosten van de gebruikers van het collectieve warmtesysteem naar de belastingbetaler, en niet tot een algehele *verlaging* van kosten.

(v) Een publiek meerderheidsbelang kan mogelijk tegemoetkomen aan een **breed gedragen wens van gemeenten en provincies en het draagvlak voor collectieve warmte versterken**, maar dat belang kwalificeert niet als een dwingende doelstelling van algemeen belang, zoals hierboven is toegelicht.⁵³

(16) In het licht van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging is de Minister verplicht deugdelijk te motiveren dat een publiek meerderheidsbelang geschikt is om een dwingende doelstelling van algemeen belang te realiseren. Deze analyse dient op grond van de rechtspraak met nauwkeurige gegevens te worden gestaafd. De Minister is daar met de MvT niet in geslaagd. De WCW voldoet daarom al niet aan de eisen uit het Europese toetsingskader.

Ad c) Gaat een verplicht publiek meerderheidsbelang niet verder dan noodzakelijk?

(17) Voor zover er sprake is van een dwingende doelstelling van algemeen belang én het verplichte publieke meerderheidsbelang in warmtebedrijven geschikt is om die doelstelling te realiseren, is de vraag of er geen doeltreffende, minder belastende maatregel mogelijk is. Als de maatregel niet voldoet aan deze noodzakelijkheidstoets, is de maatregel niet evenredig en is sprake van een ontoelaatbare belemmering van het vrij verkeer.

(18) In de rechtspraak worden strikte eisen gesteld aan de noodzakelijkheidstoets. Zo oordeelde het Hof van Justitie dat de bescherming van de solvabiliteit en continuïteit van diensten van algemeen belang die worden uitgevoerd door partijen zoals TPG (de voorloper van PostNL) weliswaar een dwingende reden van algemeen belang kan vormen, maar dat een gouden aandeel van de Nederlandse Staat verder ging dan noodzakelijk om dat belang te beschermen. Daarbij werd relevant geacht dat de speciale rechten van een dergelijk aandeel niet beperkt waren tot de dienst van algemeen belang en dat de uitoefening daarvan niet aan criteria of motivering onderhevig waren.⁵⁴

(19) Hoewel lidstaten niet hoeven aan te tonen dat de beoogde doelstelling met geen enkele andere maatregel kan worden bereikt, hecht de Europese rechter wel belang aan onderzoek naar alternatieven. Zo achtte het Hof van Justitie een selectie criterium in de procedure van de aandelenverkoop/privatisering van een Portugese luchtvaartmaatschappij, waarbij behoud en ontwikkeling van een hubfunctie van luchtdiensten werd vereist, onverenigbaar met het vrij verkeer van kapitaal. Daarbij was van belang dat niet was aangetoond of het organisatiemodel van de luchtdiensten van de bestaande nationale hub behouden moest blijven om het daarmee gediende doel te bereiken en dat het niet bij voorbaat uitgesloten was of dit doel ook kon worden bereikt met een ander organisatiemodel.⁵⁵

(20) Een verplicht publiek meerderheidsbelang is een maatregel die, op zichzelf bezien en in vergelijking met maatregelen zoals een gouden aandeel, vergaand ingrijpt in het vrij verkeer. Tegen die achtergrond moet de Minister overtuigend onderbouwen waarom deze maatregel noodzakelijk is. In dit verband is mede van belang of de nagestreefde doelen ook kunnen worden gewaarborgd door middel van (minder verstrekkende) regelgeving, zoals bijvoorbeeld het huidige hybride marktordeningsmodel in combinatie met regulering. In de huidige toelichting van de WCW is de noodzakelijkheid evenwel onvoldoende onderbouwd en wordt de noodzakelijkheid niet gestaafd met nauwkeurige gegevens. Wij lichten dit hieronder toe:

⁵³ Zie mr (12) hierboven.

⁵⁴ HvJ EU 28 september 2006, ECLI:EU:C:2006:608 (*Commissie/Nederland*) r.o. 37-40.

⁵⁵ Zie o.a. HvJ EU 27 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:144 (*Associação Peço a Palavra*), r.o.79-80.

- (i) Een publiek meerderheidsbelang moet noodzakelijk zijn voor een **betere borging van publieke belangen**, zoals betaalbaarheid, betrouwbaarheid en duurzaamheid. Zo is verplichte publieke eigendom – ook volgens het afwegingskader van de Rijksoverheid – niet nodig als de overheid door middel van wet- en regelgeving kan afdwingen dat private ondernemingen handelen in het publieke belang.⁵⁶ Dat een publiek meerderheidsbelang noodzakelijk is, is onvoldoende onderbouwd. Ook is onvoldoende onderzocht of de genoemde publieke belangen kunnen worden gewaarborgd door minder vergaande alternatieven, zoals regulering.⁵⁷ Wij lichten dit nader toe.

De Minister gaat in op een alternatief in de vorm van een hybride marktordeningsmodel in combinatie met regulering, maar stelt dat de genoemde doelen daarmee minder worden geborgd, omdat een dergelijk model te weinig sturingsmogelijkheden zou bieden.⁵⁸ Daardoor zouden overheden de genoemde publieke belangen met dit instrument onvoldoende kunnen beschermen.⁵⁹ Het ontbreekt echter aan een toelichting waaruit blijkt dat regulering onvoldoende sturingsmogelijkheden biedt. Dit is van belang, omdat de bescherming van afnemers reeds wordt gewaarborgd door de tariefregulering die onderdeel uitmaakt van de WCW. Zoals toegelicht door PwC, vormt de kostengeoriënteerde tariefregulering in de WCW een effectief instrument om de betaalbaarheid van warmte te waarborgen.⁶⁰

Ook is de voorzienings- en leveringszekerheid al geborgd in de WCW door middel van een leveringsverplichting voor warmtebedrijven en de integrale ketenaansprakelijkheid van het warmtebedrijf, alsmede een schadevergoedingsplicht bij niet-levering.⁶¹ Gezien de maatregelen waarin is voorzien in de WCW, is ook volgens PwC niet duidelijk waarom een verplicht publiek meerderheidsbelang noodzakelijk is om de voorzienings- en leveringszekerheid te waarborgen.⁶²

Voor de bescherming van het milieu is van belang dat de duurzaamheid van het collectieve warmtenet reeds wordt gewaarborgd door de duurzaamheidseisen die zijn opgenomen in de WCW. Zo wordt CO₂-reductie al bewerkstelligd in de WCW door middel van een prestatienorm voor de hoeveelheid CO₂ op geleverde warmte.⁶³ Uit het rapport van PwC blijkt dat de regulering in de WCW al voldoende borging biedt voor dit belang.⁶⁴ Daardoor is onduidelijk waarom een minder vergaand alternatief, zoals een transparante selectieprocedure of een vrije keuze voor gemeenten, ontoereikend zou zijn.

- (ii) Een publiek meerderheidsbelang moet noodzakelijk zijn voor een **vitaal belang van het warmtenet en aansluiting op het beleid voor andere vitale sectoren** te realiseren. Daarbij is met name de vraag of een vitaal belang onvoldoende doeltreffend kan worden beschermd door regulering en/of andere maatregelen, die minder ingrijpend zijn dan een verplicht publiek meerderheidsbelang. Dat lijkt niet het geval te zijn.

Volgens de Minister zou een hybride marktordering onvoldoende recht doen aan het vitale karakter van de collectieve warmtevoorziening, kan in noodsituaties mogelijk minder snel worden ingegrepen en kan in crisissituaties minder gewicht worden gehecht aan bedrijfseconomische afwegingen.⁶⁵ Het ontbreekt evenwel aan een toelichting op deze argumenten, terwijl een dergelijke toelichting – gezien de hierboven genoemde rechtspraak

⁵⁶ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 18.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 136.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 137.

⁶⁰ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, paragraaf 2.2.1.

⁶¹ Artikel 2.19 van de WCW.

⁶² PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, paragraaf 2.2.2.

⁶³ Artikel 2.20 WCW.

⁶⁴ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, paragraaf 2.2.3.

⁶⁵ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 137.

over openbare veiligheid als doelstelling van algemeen belang – essentieel is.⁶⁶ In dit kader is met name van belang hoe de handelingsmogelijkheden van private warmtebedrijven in crisissituaties zich verhouden tot de handelingsmogelijkheden van publieke warmtebedrijven. De door de Minister genoemde recente energiecrisis kan daarbij als voorbeeld worden gebruikt.⁶⁷ De Minister onderbouwt niet waarom het handelen van private bedrijven in vitale infrastructuren waar gedeeltelijk sprake is van publieke eigendom, zoals gas en elektriciteit, wel afdoende is voor crisissituaties en waarom handelen door private partijen in de warmtesector niet afdoende is. In het PwC-rapport komen verschillende praktijkvoorbeelden naar voren, waaruit blijkt dat warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang niet noodzakelijkerwijs beter in staat zijn de financiële gezondheid van het bedrijf te beschermen dan private warmtebedrijven.⁶⁸

Daarnaast kan ongewenste zeggenschap in vitale infrastructuur op een doeltreffende wijze worden voorkomen door regulering. Zo worden bepaalde regionale warmtenetten al beschermd tegen ongewenste zeggenschap door de eisen die zijn gesteld in Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (Wet Vifo) aan een eventuele overname daarvan. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor andere vitale infrastructuren, zoals telecommunicatienetwerken⁶⁹ of bepaalde productie-installaties voor elektriciteit.⁷⁰ Ook uit het PwC-rapport volgt dat de wettelijke bepalingen die beschermen tegen ongewenste zeggenschap een doeltreffend alternatief vormen.⁷¹ Ter voorkoming van ongewenste zeggenschap in warmtenetten, zou het toepassingsbereik van de Wet Vifo uitgebreid kunnen worden naar collectieve warmtenetten.

- (iii) Een publiek meerderheidsbelang moet noodzakelijk zijn om een **betere en directe afstemming tussen bestuurlijke keuzes en de bedrijfsvoering van warmtebedrijven** te realiseren. Dit argument veronderstelt dat gemeenten een meerderheidsbelang moeten houden in een warmtebedrijf om in haar bestuurlijke keuzes rekening te houden met de financiële belangen in een warmtebedrijf. Er zijn evenwel verschillende alternatieve maatregelen voorhanden die hetzelfde effect kunnen hebben en het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging minder beperken. Zoals toegelicht in het PwC-rapport, brengt ook een financieel (minderheids)belang mee dat gemeenten in hun bestuurlijke keuzes rekening zullen houden met de belangen van het warmtebedrijf.⁷² Een dergelijke prikkel kan voor gemeenten bovendien ook ontstaan door middel van subsidies en/of garanties.⁷³ De MvT gaat ten onrechte aan dergelijke doeltreffende alternatieven voorbij.
- (iv) Een publiek meerderheidsbelang moet noodzakelijk zijn voor het behalen van **maatschappelijke voordelen met betrekking tot de financiering**. Het ontbreekt op dit punt evenwel aan een met nauwkeurige gegevens gestaafde analyse waaruit een dergelijke noodzaak zou kunnen blijken. Zoals toegelicht in het PwC-rapport, worden de financieringskosten van het warmtebedrijf in beginsel niet bepaald door de eigendom van het warmtesysteem, maar door de risico's die voortkomen uit de exploitatie van het collectieve warmtesysteem.⁷⁴ Een verplicht publiek meerderheidsbelang leidt daarom niet tot een verlaging van de financieringskosten voor collectieve warmtesystemen, maar tot een overheveling van die kosten.⁷⁵ Een specifieke eigendomsstructuur is vanuit die optiek geen doeltreffende maatregel. Daarnaast is niet aangetoond dat warmtebedrijven op grond van een hybride marktmodel in combinatie met regulering werkelijk minder herinvesteren, tegen

⁶⁶ Zie randnummer (14) hierboven.

⁶⁷ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 137.

⁶⁸ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 22.

⁶⁹ Op grond van de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie.

⁷⁰ Op grond van artikel 86f van de Elektriciteitswet 1998.

⁷¹ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 32-33.

⁷² PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 33.

⁷³ Idem.

⁷⁴ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 24.

⁷⁵ Zie mr (14) hierboven.

hogere rentes moeten lenen en/of investeringen met een lange looptijd minder snel doorgang vinden. Ook zou de Minister op grond van de Europese rechtspraak naar bestaande alternatieven moeten kijken om maatschappelijke voordelen met betrekking tot de financiering te behalen, waaronder subsidieregelingen zoals de SAH⁷⁶ en de WIS⁷⁷ en eerder voorgestelde alternatieven zoals co-investering in warmtenetten⁷⁸ en garantieverlening vanuit de overheid.⁷⁹ Die alternatieven zijn ten onrechte niet onderzocht.

- (v) Een publiek meerderheidsbelang moet noodzakelijk zijn om te voldoen aan een **breed gedragen wens van provincies en gemeenten en het draagvlak voor collectieve warmte te versterken**. Nog daargelaten dat hier geen sprake is van een dwingende doelstelling van algemeen belang, is ook niet aannemelijk dat een publiek meerderheidsbelang noodzakelijk is met het oog op dit belang. De Minister stelt in de MvT dat gemeenten erop rekenen dat burgers meer vertrouwen zullen hebben in de borging van hun belangen bij een publiek meerderheidsbelang in een warmtebedrijf.⁸⁰ Ook wordt gesteld dat medeoverheden de overtuiging hebben dat de burger onvoldoende vertrouwen zal hebben in private bedrijven. Deze beide beweringen zijn niet onderbouwd of nauwkeurig gestaafd, laat staan dat de Minister heeft onderzocht of er doeltreffende alternatieve maatregelen zijn die het draagvlak voor collectieve warmte kunnen versterken.

- (21) In de toelichting wordt een publiek meerderheidsbelang in algemene zin vergeleken met een hybride marktordening in combinatie met regulering. De toelichting steunt evenwel veelvuldig op aannames en verwijst overigens slechts beperkt naar alternatieve maatregelen. Uit niets blijkt bijvoorbeeld dat de genoemde doelstellingen van algemeen belang niet kunnen worden bereikt met de alternatieven die de Raad van State heeft aangedragen, zoals een transparante selectieprocedure. Tegen die achtergrond is niet voldaan aan de eisen die in de Europese rechtspraak worden gesteld aan (de motivering voor) beperkingen van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.
- (22) In dat kader is tot slot van belang dat het verplichte publieke meerderheidsbelang niet geldt voor warmtegemeenschappen. Daarnaast kunnen kleine collectieve warmtesystemen⁸¹ op grond van de WCW een ontheffing van het verplichte publieke meerderheidsbelang krijgen. De Minister motiveert deze ontheffingsmogelijkheid op basis van enkele kenmerken van kleine collectieve warmtesystemen.⁸² De Minister stelt echter niet dat de publieke belangen die worden nagestreefd met de WCW niet relevant zijn voor kleine collectieve warmtesystemen. De Minister acht de wet- en regelgeving die op grond van de WCW zal gelden voor warmtegemeenschappen en kleine collectieve warmtesystemen kennelijk voldoende om die publieke belangen te waarborgen. De ontheffingsmogelijkheid voor deze warmtesystemen illustreert daarmee dat wet- en regelgeving een doeltreffende alternatieve maatregel oplevert om de door de Minister beoogde doelstellingen van algemeen belang te realiseren.

5. CONCLUSIE

- (23) Het publieke meerderheidsbelang is een beperking van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging die niet gerechtvaardigd kan worden door de dwingende doelstellingen van algemeen belang die opgenomen zijn in de MvT bij de WCW. Uit het rapport van PwC volgt dat er economisch gezien helemaal geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die rechtvaardigen dat warmteactiviteiten in publieke handen moeten liggen. Sterker nog, private ondernemingen zullen deze activiteiten als uitgangspunt efficiënter verrichten dan publieke ondernemingen. PwC concludeert dat de genoemde publieke belangen, die neerkomen op betaalbaarheid, betrouwbaarheid

⁷⁶ Stimuleringsregeling aardgasvrije woningen.

⁷⁷ Warmtenetten Investeringssubsidie.

⁷⁸ Zie SEO, *Belang bij splitsing in de warmtemarkt. Effecten van splitsing op publieke belangen in de warmtemarkt*, november 2018, p. 35.

⁷⁹ Zie SEO en Ecorys, *Regulering van de Nederlandse warmtevoorziening. Analyse kader en beleidsadvies*, 26 maart 2020, p. 50-51.

⁸⁰ *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p.13.

⁸¹ Maximaal 1500 warmteverbruikers.

⁸² *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 159.

en duurzaamheid, doeltreffend kunnen worden geborgd door regulering. Ook uit het advies van de Raad van State komen verschillende doeltreffende alternatieve maatregelen naar voren, die de Europese verkeersvrijheden minder vergaand beperken dan een verplicht publiek meerderheidsbelang:⁸³

- De regulering van de wettelijke taken, de informatieverplichtingen, de vereisten m.b.t. de warmtelevering en de toezichts- en interventiemechanismen op grond van de WCW;
- Een transparante selectieprocedure op basis van objectieve criteria, die openstaat voor elk warmtebedrijf en waarin recht kan worden gedaan aan de beoogde publieke belangen; en
- De mogelijkheid bieden aan gemeenten een gemotiveerde keuze te maken om zelf te voorzien in collectieve warmtevoorziening of een warmtebedrijf aan te wijzen d.m.v. een selectieprocedure.

- (24) Een verplicht publiek meerderheidsbelang kan zelfs afbreuk doen aan de publieke belangen die de Minister nastreeft. Zo stelt de Minister in de MvT dat – met het oog op de leveringszekerheid – dat publieke ondernemingen genoeg zullen nemen met lagere rendementen.⁸⁴ Maar dit uitgangspunt zal de leveringszekerheid juist ondermijnen, aangezien een vooruitzicht van lagere rendementen warmtebedrijven vanuit het perspectief van vermogensverschaffers minder aantrekkelijk maakt en afbreuk doet aan de bereidheid van minderheidsinvesteerdere om te participeren in warmtebedrijven. Daarbij komt dat het vereiste publieke meerderheidsbelang in de WCW ook niet bijdraagt aan de stimulering van de concurrentie in de warmteketen. Stimulering van de concurrentie was voor de Hoge Raad een belangrijke reden om de beperking van het vrij verkeer in de Splitsingszaak wel gerechtvaardigd te achten. Het vereiste publieke meerderheidsbelang ziet op warmtebedrijven (als geheel) en niet alleen maar op de warmtenetten. Daardoor wordt de gehele warmtemarkt afgeschermd voor private ondernemingen, hetgeen de concurrentie juist beperkt. Dit is allerm minst in het belang van de warmteklanten dat in de WCW centraal staat. Naast beperking van de concurrentie blijkt uit het PwC-rapport dat een publiek meerderheidsbelang juist leidt tot hogere kosten,⁸⁵ een daling van investeringen en vertraging van de uitrol van warmtenetten.⁸⁶
- (25) Gezien het voorgaande is de argumentatie voor een verplicht publiek meerderheidsbelang in warmtebedrijven ronduit onvoldoende en daardoor is de beoogde beperking van het vrij verkeer van kapitaal niet gerechtvaardigd. In vergelijking met de argumentatie voor het groepsverbod in de Splitsingszaak, is de argumentatie voor een publiek meerderheidsbelang veel zwakker. Ook met de nadere toelichting in de MvT, voldoet de WCW niet aan het Europeesrechtelijke toetsingskader.
- (26) Helemaal tot slot merken wij nog op dat het verplichte publieke meerderheidsbelang een regeling is aangaande het aandeelhouderschap van een onderneming, zoals dat bedoeld is in de Dienstenrichtlijn.⁸⁷ Conform de Dienstenrichtlijn bevat de MvT bij de WCW een evaluatie van o.a. het publieke aandeelhouderschap, maar het verplichte publieke meerderheidsbelang is niet gemeld aan de Commissie. Op grond van de analyse in dit memo rijst de vraag of een melding niet noodzakelijk was, waardoor de Commissie een oordeel had moeten geven of het verplichte publieke meerderheidsbelang verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht.

* _ * _ *

⁸³ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 4, p. 9-10.

⁸⁴ Kamerstukken II 2023-2024, 36 576, nr. 3 (MvT), p. 12.

⁸⁵ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 23-24.

⁸⁶ PwC, *Publiek meerderheidsbelang in collectieve warmtesystemen*, p. 25.

⁸⁷ Artikel 15, lid 2, onder c van Richtlijn 2006/113/EG (Dienstenrichtlijn)