

Vergaderjaar 2007–2008

**29 048**

## **Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen en Samsom tot het stellen van regels omtrent de levering van warmte aan verbruikers (Warmtewet)**

**Nr. 25**

### **NADER ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS**

Hieronder zijn opgenomen het nader advies van de Raad van State d.d. 18 juni 2008 en de reactie van de indieners d.d. 20 juni 2008, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 10 juni 2008 heeft de Tweede Kamer der Staten-Generaal op de voet van artikel 15a van de Wet op de Raad van State verzocht om advies uit te brengen over het voorstel van wet van de leden Ten Hoopen en Samsom tot het stellen van regels omtrent de levering van warmte aan verbruikers (Warmtewet), zoals dit voorstel thans, na de zesde nota van wijziging, luidt.*

*Het initiatiefwetsvoorstel geeft regels inzake de levering van warmte aan verbruikers. Het wetsvoorstel is eind 2003 ingediend bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het wetsvoorstel beoogt de levering van warmte tegen een redelijke prijs zeker te stellen voor degenen die van de levering van warmte, veelal stadsverwarming, afhankelijk zijn. De liberalisering van de elektriciteitsmarkt zou er namelijk toe kunnen leiden dat producenten verliezen ten gevolge van prijsdalingen compenseren door prijsverhogingen bij de levering van warmte. In de loop van de behandeling van het wetsvoorstel is een aantal omvangrijke nota's van wijziging ingediend, die er onder andere toe hebben geleid dat de reikwijdte van het wetsvoorstel is verbreed, bijvoorbeeld tot de levering van koude (hetgeen bij de laatste wijziging is vervallen). Met de zesde nota van wijziging<sup>1</sup> is de reikwijdte van het wetsvoorstel weer wat versmald. Daarnaast zijn enkele wijzigingen aangebracht. Zo is de mogelijkheid tot ontheffing van het maximumtarief geschrapt, terwijl de mogelijkheden tot het compenseren van verliesgevende met winstgevende activiteiten (pooling) zijn vergroot. De oorspronkelijke doelstellingen van het wetsvoorstel staan daarbij nog steeds overeind.*

*De adviesaanvraag betreft het wetsvoorstel, zoals het nu, na de zesde nota van wijziging, luidt. De Raad van State beperkt zich daarbij tot die aspecten, die niet reeds onderdeel uitmaakten van het oorspronkelijke wetsvoorstel (waarover de Raad reeds heeft geadviseerd<sup>2</sup>). Evenmin gaat de Raad in op die onderdelen, die rechtstreeks zijn overgenomen uit de Elektriciteitswet 1998, zoals de regels betreffende de verhouding tussen de minister van Economische Zaken en de raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit (Nma). Ook daarover heeft de Raad reeds heeft geadviseerd. Tegen deze achtergrond maakt de Raad de volgende opmerkingen.*

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2007/08, 29 048, nr. 22.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 048, nr. 4.

Bij brief van 18 juni 2008 heeft de Raad van State advies uitgebracht over het voorstel van wet van de leden Ten Hoopen en Samsom tot het stellen van regels omtrent de levering van warmte aan verbruikers (Warmtewet). Het is Advies van de Raad van State is voor genoemde leden reden tot het maken van de volgende opmerkingen.

#### *1. Prijsregulering*

*Het voorstel voorziet in prijsregulering in de vorm van een maximumprijs (artikel 3) en het voorschrift dat prijzen redelijk moeten zijn (artikel 3a). Van deze voorschriften kan ontheffing worden verleend voor verliesgevende projecten.*

*De Raad merkt hierover het volgende op.*

*a. Uitgangspunt bij de prijsregulering en -vorming is het niet-meer-dan-anders-beginsel. Hiermee wordt voorkomen dat warmtelevering structureel verliesgevend plaatsvindt, waardoor op permanente basis een voorziening zou moeten worden getroffen voor de desbetreffende meerkosten. Omdat met name in het verleden reeds projecten zijn opgezet die wel structureel verliesgevend zijn, maar die niet zomaar kunnen worden stopgezet, was in de vijfde nota van wijziging voorzien in een tijdelijke ontheffing van het maximumtarief teneinde de kosten te saneren en in een eenmalige ontheffingsmogelijkheid om warmteleveranciers toe te staan verliesgevende projecten tijdelijk te compenseren met opbrengsten van winstgevende (warmteleverings)projecten binnen hetzelfde concern (in de terminologie van de indieners: pooling)<sup>1</sup>. De eerste ontheffingsmogelijkheid is met de zesde nota van wijziging vervallen, terwijl thans de mogelijkheden tot pooling worden verruimd<sup>2</sup>. Pooling zal in het thans voorliggende voorstel mogelijk zijn voor een periode van 10 jaar, niet alleen voor bestaande, maar ook voor toekomstige verliesgevende projecten; in het kader daarvan is ontheffing van voorschriften inzake de maximumprijs en de redelijke prijs mogelijk.*

*De Raad merkt op dat met de voorgestelde ontheffingsmogelijkheid een prikkel wordt weggenomen om tot sanering van structureel verliesgevende projecten te komen. Daarbij komt dat door de ontheffingsmogelijkheid de kosten daarvan structureel zullen kunnen worden afgewenteld op de afnemers, die veelal niet zelf over mogelijkheden beschikken om deze kosten te voorkomen. De Raad adviseert de problematiek van structureel verliesgevende warmteleveringsprojecten tegen deze achtergrond nader te bezien.*

*a. Het wetsvoorstel kent bepalingen omtrent de redelijke prijs en de maximumprijs. Krachtens de Warmtewet betalen verbruikers een redelijke prijs, tenzij deze hoger is dan de maximumprijs. De Raad stelt ten onrechte dat «ontheffing van voorschriften inzake de maximumprijs en de redelijke prijs mogelijk» is. Volgens artikel 25a lid 1, eerste volzin kan de minister van Economische Zaken uitsluitend ontheffing verlenen van verplichting de redelijke prijs te hanteren. De maximumprijs geldt derhalve altijd en onverkort. In zoverre genieten afnemers, anders dan de Raad van State veronderstelt, dan ook bescherming tegen de afwenteling van kosten van verliesgevende projecten. Bovendien hebben warmteleveranciers wel degelijk een prikkel om de kosten van verliesgevende projecten te saneren. Als warmteleveranciers de maximumprijs rekenen, betekent dit dat zij een rendement behalen dat lager ligt dan het wettelijke toegestane redelijke rendement. Dit vormt een prikkel om de kosten van het betreffende project te saneren.*

*b. De maximumprijs is gebaseerd op de prijs die een verbruiker zou moeten maken voor het verkrijgen van dezelfde hoeveelheid warmte bij gebruik van gas als energiebron; deze kosten worden berekend volgens de rendementsmethode (artikel 3, eerste lid). Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over de elementen die een rol spelen bij de berekening van de maximumprijs (artikel 3, vierde lid). Ingevolge artikel 3, zesde tot en met achtste lid, wordt aan representatieve organisaties de gelegenheid gegeven hun zienswijzen te geven over een ontwerp van een besluit tot vaststelling van een maximumprijs. De Raad merkt op, dat – anders dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel het geval was – het de bedoeling is dat de vaststelling van de maximumprijs plaatsvindt op basis van objectieve criteria. Dit roept de vraag op welke ruimte er nog is voor het indienen van zienswijzen door representatieve organisaties. De Raad adviseert hierop nader in te gaan.*

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2006/07, 29 048, nr. 20.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2006/07, 29 048, nr. 22.

Volgens artikel 3, lid 4 Warmtewet worden bij algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld over de elementen en de wijze van berekening van de maximumprijs. De raad van bestuur van de NMa stelt vervolgens een maximumprijs vast voor de levering van warmte. Ook nadat de betreffende algemene maatregel van bestuur is vastgesteld, resteren er verschillende variabelen waarover representatieve organisaties op zinnige wijze hun mening kunnen geven. Voorbeelden zijn de feitelijke hoogte van de aansluitbijdrage, het vastrecht en de warmteprijs.

## *2. MEP-subsidies*

*De artikelen 17b en volgende geven de mogelijkheid om ter bevordering van een doelmatige warmtevoorziening subsidie te verlenen aan een leverancier van nuttige warmte aan een in Nederland gevestigde afnemer. Deze subsidieregeling is thans opgenomen in artikel 72na van de Elektriciteitswet 1998 en maakt onderdeel uit van het bredere kader inzake duurzame elektriciteitsvoorziening. Het onderdeel inzake warmte wordt thans overgeheveld naar de Warmtewet.*

*De Raad merkt hierover het volgende op:*

*a. Het doel van de subsidieregeling (het subsidiëren van de levering van «nuttige warmte» ten behoeve van een «doelmatige warmtevoorziening») is dusdanig ruim en open geformuleerd, dat onduidelijk is, welk doel met de regeling wordt gediend. De wettelijke bepalingen bevatten te dien aanzien bovendien onvoldoende wettelijke waarborgen. Dit klemt naar het oordeel van de Raad temeer, nu de financiële middelen die voor deze subsidieregeling benodigd zijn, door alle personen met een elektriciteitsaansluiting moeten worden opgebracht. Dat ingevolge artikel 17d, tweede lid, voor de hoogte van de subsidie een verband wordt gelegd met uitgespaarde emissies van kooldioxide, doet hieraan volgens de Raad niet af: dit geeft immers wel aan dat milieu-overwegingen een element vormen van de subsidieregeling, maar geeft geen duidelijk afwegingskader voor de regeling als zodanig. De Raad adviseert aan dit aspect nader aandacht te besteden en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.*

Doordat het wetsvoorstel voorziet in prijsregulering in de vorm van een maximumprijs (artikel 3) kan een warmteproject onrendabel zijn. De maximumprijs gaat immers niet uit van de daadwerkelijk door de leverancier gemaakt kosten en het is mogelijk dat de kosten hoger liggen dan de maximumprijs. De jongste Nota van Wijziging voorziet in een aanvullende oplossing voor dergelijke verliesgevende projecten. Door middel van «pooling» kunnen warmteleveranciers een specifiek verliesgevend project compenseren met de opbrengsten van één of meer winstgevende projecten binnen hetzelfde concern. Zoals eerder toegelicht vinden de initiatiefnemers dit een goede, structurele oplossing voor verlieslatende warmteprojecten. Op grond van de Warmtewet is het ook mogelijk om een subsidie toe te kennen. Een subsidie kan, anders dan pooling, tevens in alle gevallen een oplossing vormen voor zogenaamde «stand-alone projecten». Het doel van deze subsidieregeling is om een project, dat economisch onrendabel is of wordt (als het gaat om een nieuw project) en derhalve vanuit een oogpunt van economische doelmatigheid waarschijnlijk onwenselijk is, omwille van de milieuprestaties in stand te houden of op te starten. Omdat zowel de economische doelmatigheid als de milieuprestaties per project verschillen, moet de afweging tussen beide belangen en het besluit om wel of geen subsidie te verlenen, op basis van lagere regelgeving per project en in samenhang met het totale duurzaamheidsbeleid gemaakt worden. Dat neemt niet weg dat het doel van de subsidieregeling naar de mening van de initiatiefnemers eenduidig is: het bevorderen van warmteprojecten omwille van de milieuprestaties. Deze doelstelling komt overigens ook duidelijk naar voren in de toelichting op het amendement van de leden Hessels en Samsom (30 305, 13).

De initiatiefnemers wijzen erop dat bij de vijfde Nota van Wijziging met de artikelen 17b en verder aansluiting is gezocht bij de Elektriciteitswet en de daarin opgenomen systematiek voor subsidies, de MEP. Inmiddels is er voor de stimulering van duurzame energie – de SDE – een andere grondslag gevonden in de Kaderwet EZ-subsidies (Kamerstukken II 1995/1996, 24 416). De

initiatiefnemers kunnen zich voorstellen dat voor duurzame warmte eveneens aansluiting wordt gevonden bij deze Kaderwet.

*b. Uit de opzet van de artikelen 17c en 17d lijkt naar voren te komen, dat het hier niet zozeer om een investeringssubsidie gaat, maar om een exploitatiesubsidie. Het oogmerk is immers het leveren van nuttige warmte, en niet zozeer het plegen van bepaalde kostbare maar maatschappelijk wenselijke investeringen. Daarmee wordt het risico genomen dat niet-rendabele warmteprojecten worden opgestart en geëxploiteerd, die afhankelijk zijn van subsidie en die moeten worden voortgezet omdat afnemers afhankelijk zijn van de aldus geleverde warmte. De Raad adviseert de subsidieregeling zo aan te passen, dat dit risico zich niet zal voordoen.*

De artikelen in de Warmtewet die betrekking hebben op de subsidieregeling zijn overgenomen uit de Elektriciteitswet 1998. Aangezien de subsidieregeling inhoudelijk nagenoeg niet verschilt van de regeling in de Elektriciteitswet 1998 wordt in de toelichting op de vijfde Nota van Wijziging (Kamerstukken II, 2006/07, 29 048, nr. 20, pagina 19, 20) verwezen naar hetgeen over deze regeling is gezegd in het kader van de behandeling van de Elektriciteitswet 1998. Uit deze wetsgeschiedenis blijkt dat het uitgangspunt van de subsidie is dat deze voor een periode van maximaal tien jaar kan worden gegeven. De subsidieregeling bevat dus reeds een waarborg om te voorkomen dat het door de Raad gesignaleerde risico zich verwezenlijkt.

*c. Artikel 17e bevat een regeling die erop neerkomt dat subsidie niet mag worden verleend, indien en voor zover dat in strijd zou zijn met internationale verplichtingen (een vergelijkbare bepaling is opgenomen in de Elektriciteitswet 1998). Hierbij zijn in het bijzonder de Europese regels inzake staatssteun van belang. In dat verband acht de Raad de onduidelijkheid ten aanzien van het doel van de subsidieregeling (hiervoor onder a) en het karakter van de regeling als exploitatiesubsidie (hiervoor onder b) risicovol. De Raad adviseert nader in te gaan op de staatssteunaspecten van de subsidieregeling en, voor zover dat nog niet is gebeurd, deze aan te melden bij de Europese Commissie.*

Artikel 17e is overgenomen uit de Elektriciteitswet 1998. Daarom wordt in de toelichting op de vijfde Nota van Wijziging (Kamerstukken II, 2006/07, 29 048, nr. 20) verwezen naar hetgeen over deze regeling is gezegd in het kader van de behandeling van de Elektriciteitswet 1998, ook ten aanzien van de Europese regels inzake staatssteun. De initiatiefnemers verwijzen hier nogmaals naar. Artikel 17e is opgesteld omdat niet valt uit te sluiten dat in de toekomst ooit door bijvoorbeeld een rechter wordt bepaald dat de subsidieverstrekking in strijd is met het EG-verdrag. In een dergelijk geval moeten de besluiten genoemd in artikel 17e genomen kunnen worden. Het is gebruikelijk om, ook omdat de Commissie dat wenst, een regeling pas aan te melden als deze voldoende is ingevuld. Voor het overige gaan de indieners er vanuit dat de door de Raad gesignaleerde onduidelijkheid over het doel van de subsidieregeling weggenomen is. Het doel van de regeling is het bevorderen van warmteprojecten omwille van de milieuprestaties.

### **3. Heffing**

*Ten behoeve van de subsidie, bedoeld in artikel 17c, is voorzien in een bestemmingsheffing. Iedereen met een aansluiting op het elektriciteitsnet betaalt een opslag ten behoeve van deze subsidies. De Raad vraagt zich af waarom het hebben van een aansluiting op het elektriciteitsnet als aanknopingspunt voor de heffing is gekozen. Er is immers geen relatie tussen het al dan niet gebruiken van een aansluiting op het warmtenet en het hebben van een aansluiting op het elektriciteitsnet (van de gasaansluiting kan nog wel worden gezegd, dat er substitutie tussen warmte en gas is). Het enkele feit dat de subsidieregeling onderdeel uitmaakte van het kader inzake duurzame elektriciteitsvoorziening (hoofdstuk 5 van de Elektriciteitswet 1998) en dat ook de heffing ten behoeve van deze subsidie meeliep met die voor duurzame elektriciteit, is niet voldoende, nu de onderhavige subsidie met het voorliggende voorstel juist wordt losgekoppeld van het bestaande kader van de Elektriciteitswet 1998. Een specifieke financiering, via een bestemmingsheffing, vereist een grondige motivering voor de keuze van de heffingsplicht.*

*Gelet op het vorenstaande adviseert de Raad de opzet van de heffing nader te motiveren en zo nodig aan te passen.*

De Raad van State wekt de indruk dat eventueel te verlenen subsidies uitsluitend door personen met een aansluiting op het elektriciteitsnet dienen te worden opgebracht. Op grond van artikel 17f kan ook de Staat een bijdrage leveren aan de financiering van subsidies. Dat neemt niet weg dat de initiatiefnemers ervoor hebben gekozen om eventuele subsidies geheel of gedeeltelijk te financieren uit een bijdrage van iedereen met een aansluiting op het elektriciteitsnet. De reden hiervoor is dat het milieubelang een belang is dat niet enkel de toevallig op het warmtenet aangesloten verbruikers aangaat, maar een belang dat een ieder aangaat. Door het tarief in rekening te brengen bij iedereen met een aansluiting op het elektriciteitsnet, wordt recht gedaan aan dit uitgangspunt. De initiatiefnemers verwijzen verder naar de toelichting op de vijfde Nota van Wijziging (Kamerstukken II, 2006/07, 29 048, nr. 20, onder meer pagina 12).

#### *4. Representatieve organisaties*

*In artikel 1, onder k, wordt geregeld dat representatieve organisaties bij ministeriële regeling worden aangewezen. Representatieve organisaties worden onder andere betrokken bij het toezicht door de Nma (artikel 3) en hebben een beroepsrecht (artikel 17). Niet duidelijk is welke afwegingen een rol spelen bij het bepalen of een organisatie wel of niet bij ministeriële regeling wordt aangewezen en aldus voor de ingevolge de wet geregelde rechten in aanmerking komt. In de toelichting bij de tweede nota van wijziging<sup>1</sup>, waarbij artikel 1, onder k, is ingevoegd, wordt daaraan geen aandacht gegeven en evenmin aan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van de aanwijzing, de wijzigingen daarin of een weigering tot aanwijzing.*

*De Raad adviseert aandacht te geven aan de criteria voor en de mogelijkheden voor rechterlijke toetsing van de aanwijzing van representatieve organisaties.*

De Warmtewet kent een belangrijke rol toe aan representatieve organisaties. Het doel hiervan is onder meer om deze organisaties in staat te stellen om de belangen van hun achterban effectief te behartigen en om de NMa van informatie en argumenten te voorzien. Het principe dat representatieve organisaties een rol spelen bij de uitvoering van de Warmtewet en de toekenning van verschillende rechten, is vastgelegd in de wet. De criteria voor de aanwijzing van representatieve organisaties dienen door de minister als uitvoerder van de Warmtewet te worden vastgesteld. De aanwijzing op grond van artikel 1, onder k, is naar zijn inhoud een beschikking. Tegen beschikkingen staat op grond van de Algemene Wet Bestuursrecht bezwaar en beroep open.

#### *5. Boekhouding*

*In artikel 2, zesde lid, is geregeld dat een vergunninghouder die tevens koude levert een afzonderlijke boekhouding voert ten aanzien van de levering van koude. Het wetsvoorstel bevat – in tegenstelling tot eerdere nota's van wijziging – geen voorschriften meer over de levering van koude. Artikel 9, tweede lid, schrijft bovendien reeds voor dat de vergunninghouder een afzonderlijke boekhouding voert met betrekking tot de levering van warmte. Dit betekent dat deze boekhouding moet worden afgescheiden van die voor andere activiteiten, waaronder de levering van koude. Dit betekent dat artikel 2, zesde lid, naar het oordeel van de Raad overbodig is en kan vervallen.*

De initiatiefnemers zien een afzonderlijke boekhouding ten aanzien van de levering van koude als een logisch gevolg van de plicht om een afzonderlijke boekhouding met betrekking tot de levering van warmte te voeren. In reactie op de opmerking van de Raad wijzen de initiatiefnemers erop dat koudelevering momenteel snel aan populariteit wint. Doordat er naar verwachting op buurt- of wijkniveau collectieve installaties aangelegd zullen worden, krijgen verbruikers mogelijk ook te maken met een monopolistische leverancier. De indieners kiezen er, omdat er nog geen sprake is van gebonden afnemers en om de administratieve lasten te beperken, niet voor om delen van de

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2004/05, 29 048, nr. 10.

(Warmte)wet ook van toepassing te verklaren op koudelevering. In anticipatie op de gesignaleerde ontwikkelingen achten zij het wel verstandig om nu reeds de voorliggende bepaling op te nemen teneinde een juiste toerekening van de kosten en transparantie over de toerekening te bewerkstelligen.

*De waarnemend Vice-President van de Raad van State,  
P. van Dijk*

De indieners  
Ten Hoopen  
Samsom