PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor	Ministerie van EZK;
van	
datum	5 april 2023
inzake	Wet collectieve warmtevoorziening
zaaknr	11019832

1 Inleiding

De Minister voor Klimaat en Energie (hierna: **de Minister**) werkt aan een wetsvoorstel voor de Wet collectieve warmtevoorziening (hierna: **Wcw**), dat onder meer de exploitatie van warmtenetten zal reguleren. Een ontwerp van de Wcw is al in 2020 voor internetconsultatie gepubliceerd. Vervolgens heeft het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (hierna: **EZK**) het conceptwetsvoorstel gewijzigd.

In de nu voorgestelde versie van de Wcw wil EZK vastleggen dat i) warmtebedrijven die ten minste voor 50% + 1 aandeel in handen van een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn nog warmtenetten mogen exploiteren; en ii) de economische eigendom van een warmtenet in ieder geval in handen moet zijn van een dergelijk warmtebedrijf, terwijl de juridische eigendom in handen is van dat warmtebedrijf of de gemeente waarin het warmtenet is gelegen.

Bij brief van 28 maart 2023 heeft EZK ons het voorgaande voorgelegd en ons verzocht te adviseren over of en in hoeverre het voorgaande voldoet aan de maatstaven voor de bescherming van het recht op eigendom zoals neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: **artikel 1 EP**). U hebt ons verzocht apart in te gaan op de punten i) en ii) als hierboven genoemd. De vraagstelling die wij van EZK hebben ontvangen is tot stand gekomen nadat dit in een bestuurlijk overleg aan de medeoverheden en marktpartijen is toegezegd. Hieronder zullen wij de precieze vragen opnemen en beantwoorden.

Met deze notitie voldoen wij graag aan dit verzoek. Daartoe geven wij een korte toelichting op artikel 1 EP. Daarna komen wij tot een beantwoording van de vragen. Bij de beantwoording van die vragen gaan wij ook in op de relevante gedeelten van het wetsvoorstel, voor zover EZK die met ons heeft gedeeld. Daarnaast hebben wij

kennisgenomen van twee adviezen (Van der Feltz advocaten aan Energie-Nederland; Allen & Overy aan Vattenfall N.V.) en een artikel (Klapwijk en Pustjens, 'Warmte-infrastructuur in publieke handen: goed voor het publieke belang of onrechtmatige onteigening?', *BR* 2023/11) waarin de voorgestelde wijziging van de Wcw wordt besproken. Voor zover relevant, betrekken wij deze stukken in onze beantwoording.

2 Artikel 1 EP

Artikel 1 EP beschermt het recht op eigendom.

> Het recht op eigendom is eveneens neergelegd in artikel 17 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie ("**Handvest**"). Uit de toelichting bij artikel 17 Handvest volgt dat deze bepaling correspondeert met artikel 1 EP. Artikel 52 lid 3 Handvest bepaalt kort gezegd dat voor zover rechten in het Handvest corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die door het EVRM worden toegekend.[1] Wij beperken ons daarom tot artikel 1 EP.

Een inmenging in het eigendomsrecht is, zoals al uit artikel 1 EP zelf volgt, niet bij voorbaat onrechtmatig. Artikel 1 EP staat een inmenging toe indien i) deze is voorzien bij wet, ii) deze het algemeen belang dient, en iii) een *fair balance* bestaat tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. Aan het laatste vereiste is in het geval van *regulering* van eigendom niet voldaan indien sprake is van een individuele en buitensporige last voor de rechthebbende. Bij de *ontneming* van eigendom richt de *fair balance* zich primair op de vraag of het algemeen belang onteigening vergt en of een adequate vergoeding is betaald voor de waarde van de ontnomen zaak. Wij merken op dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: **EHRM**) aan lidstaten een vrij ruime beoordelingsmarge (*margin of appreciation*) laat ten aanzien van de vraag of sprake is van een *fair balance*.

In de praktijk is voorts het gebruik ontstaan dat een regeling die tot een inmenging in het eigendomsrecht leidt, zowel op het niveau van regelgeving als op het individuele niveau aan artikel 1 EP kan worden getoetst. Het verschil hiertussen bestaat er vooral in dat op regelgevingsniveau wordt beoordeeld of een regeling over de hele linie – voor in beginsel iedere adressaat – in overeenstemming is met artikel 1 EP. De toets op het individuele niveau ziet vooral op de vraag of de toepassing van een regeling op het concrete niveau van de benadeelde culmineert in een individuele en buitensporige last.

In deze notitie beperken wij ons op uw verzoek tot de toetsing op regelgevingsniveau, ook omdat de gegevens benodigd voor een toets op het niveau van individuele adressanten van het wetsvoorstel ontbreken.

---

[1] Zie ook CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291.

3 Beantwoording vragen

3.1 *Nieuw aan te wijzen warmtebedrijf*

Achtergrond en vraag

Onder de Wcw zullen zogenoemde warmtekavels worden vastgesteld en voor een warmtekavel kan een warmtebedrijf worden aangewezen. Binnen deze warmtekavels heeft een aangewezen warmtebedrijf gedurende de looptijd van de aanwijzing het alleenrecht om binnen de warmtekavel een warmtenet te exploiteren.[2] De volgende warmtebedrijven (hierna: **warmtebedrijven met publiek meerderheidsbelang**) kunnen worden aangewezen:

a. een warmtebedrijf waarvan de aandelen voor minimaal 50% van de aandelen plus 1 aandeel direct of indirect berusten bij de staat, een provincie, gemeente of ander openbaar lichaam;
b. een warmtebedrijf dat een warmte joint-venture is waarbij:
1°. de aandelen van het warmtenetbedrijf voor minimaal 50% van de aandelen plus 1 aandeel direct of indirect berusten bij de staat, een provincie, gemeente of ander openbaar lichaam, en
2°, het warmtenetbedrijf meer dan 50% van de zeggenschap of minimaal 50% van de aandelen plus 1 aandeel in de warmte joint-venture heeft.

Is zo'n warmtebedrijf met publiek meerderheidsbelang niet beschikbaar, dan kan tijdens een 'ingroeiperiode' van zeven jaar na inwerkingtreding van de Wcw ook een ander warmtebedrijf worden aangewezen.

Ook voorziet de Wcw in een overgangsregeling: op grond van het overgangsrecht zullen bestaande warmtebedrijven aangewezen worden voor een warmtekavel.[3] De duur van de aanwijzing wordt gelijkgesteld aan de bestaande afspraken over de duur van de exploitatierechten die een warmtebedrijf in een bepaald gebied heeft gekregen. Indien dergelijke afspraken ontbreken bepaalt de Wcw de duur van de aanwijzing. De looptijd van deze aanwijzing zal minimaal 13 jaar (als de resterende looptijd korter is dan 13 jaar) en ten hoogste 30 jaar bedragen. De voorwaarde van het publieke meerderheidsbelang zal pas gelden ná afloop van die aanwijzing krachtens overgangsrecht.

Warmtebedrijven zonder publiek meerderheidsbelang zullen bovendien *niet* worden gedwongen om aandelen over te dragen om alsnog een publiek meerderheidsbelang te creëren.

---

[2] Uitgaande van de consultatieversie van de Wcw, nemen wij aan dat voor 'kleine netten' een ontheffingsmogelijkheid van dit lokale monopolie bestaat.

[3] Momenteel wordt nagedacht over hoe om te gaan met situaties waarin wel een warmtenet wordt geëxploiteerd, maar zonder concessie of bijvoorbeeld het geval waarin al vergunningen zijn verkregen maar het net nog moet worden aangelegd. Dat soort situaties vallen buiten de scope van dit advies.

> Wij constateren dat in het door u aan ons gestuurde advies van Van der Feltz advocaten (opgesteld in opdracht van Energie-Nederland) wordt aangenomen dat wél sprake zal zijn van een gedwongen aandelenoverdracht. Nu dit in de vraagstelling uitdrukkelijk wordt ontkend, gaan wij in het advies ervan uit dat hiervan geen sprake is.

U hebt in het licht van het voorgaande de volgende vraag gesteld:

> "Is hier sprake van inmenging in het eigendomsrecht? Indien sprake is van inmenging in het eigendomsrecht, voldoet de concept-regeling van de Wcw aan de vereisten van artikel 1 EP EVRM? Is deze inmenging in het eigendomsrecht op regelgevingsniveau rechtmatig gelet op de vereisten die artikel 1 EP EVRM stelt aan regulering dan wel ontneming van eigendom?"

Beantwoording

Naar huidig recht is niet vereist dat een warmtebedrijf een publiek meerderheidsbelang moet kennen om een warmtenet te mogen exploiteren; het exploitatierecht voor warmtebedrijven kan langer zijn dan 30 jaar.

De hierboven beschreven regeling in de Wcw, leidt ertoe dat warmtebedrijven zonder publiek meerderheidsbelang na ommekomst van de overgangstermijn niet langer warmtenetten mogen exploiteren binnen een warmtekavel. Zij zien zich dus voor de keuze gesteld om ofwel hun warmtenet over te dragen aan een warmtebedrijf met publiek meerderheidsbelang ofwel ervoor te zorgen dat zij – door een aandelenoverdracht – wel een publiek meerderheidsbelang krijgen.

De vraag is dan of door deze voorwaarde van publiek meerderheidsbelang (het gebruik van) eigendom wordt ingeperkt of anderszins wordt gereguleerd. Wij menen op basis van de verstrekte informatie van niet. De voorwaarde voorziet niet in een plicht tot aandelenoverdracht.[4] Evenmin worden vergunningen ingetrokken[5], overigens omdat het vigerende wettelijke kader niet voorziet in een vergunningplicht voor de exploitatie van een warmtenet. Sec de voorwaarde van publiek meerderheidsbelang verplicht niet tot de overdracht van de fysieke warmtenetten (daarover hieronder meer). Het zicht op toekomstige inkomsten uit exploitatie van warmtenetten wordt allicht voor warmtebedrijven zonder publiek meerderheidsbelang beperkt, maar toekomstige inkomsten vormen in beginsel geen *possession* in de zin van artikel 1 EP.[6] Wellicht zou kunnen worden gesteld dat de voorwaarde van publiek meerderheidsbelang leidt tot een verlies van clientèle[7] voor warmtebedrijven zonder publiek meerderheidsbelang, maar die jurisprudentie ziet met name op ondernemingen die een loyale klantenkring

---

4 Aandelen worden door het EHRM beschouwd als *possession*, o.a. EHRM 1 maart 2022, 42416/18 (*Sebeleva e.a. t. Rusland*).

5 Vergunningen worden, onder omstandigheden, door het EHRM beschouwd als *possession*, o.a. EHRM 7 juli 1989, 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*).

6 Vgl. EHRM 25 januari 2000, 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*).

7 Een vaste klantenkring is wel aangemerkt als *possession*, o.a. EHRM 16 oktober 2018, 21623/13 (*Könyv-Tár KFT e.a. t. Hongarije*) en verwijzingen in par. 31 en 32.

hebben opgebouwd (aansluitend bij het op waarde te zetten concept van *goodwill*). Warmtebedrijven hebben in de regel geen 'loyale' klanten, als wel klanten die eenvoudigweg warmte afnemen van het warmtebedrijf omdat het door hen gebruikte gebouw nu eenmaal een warmteaansluiting heeft en één specifiek warmtebedrijf daarlangs warmte levert.

Weliswaar is sprake van een aanzienlijke exploitatiebeperking voor warmtebedrijven zonder publiek meerderheidsbelang, maar dit hoeft bovendien niet te leiden tot een (substantieel) waardeverlies voor die warmtebedrijven. De exploitatie van warmtenetten *als zodanig* wordt immers niet verboden.[8] Zowel de aandelen als de infrastructuur van warmtebedrijven zonder publiek meerderheidsbelang behouden hun waarde: de aandelen kunnen worden overgedragen om het publieke meerderheidsbelang te creëren of de infrastructuur kan worden overgedragen aan een warmtebedrijf met publiek meerderheidsbelang. Er is niet voorshands reden om aan te nemen dat veel aanleiding is om in die gevallen 'korting' te bedingen door de koper – deze heeft immers de aandelen of de infrastructuur *nodig*.

Wij zien hier dus niet voorshands een inperking van het eigendomsrecht. Niettemin moet het vereiste van het publieke meerderheidsbelang in onlosmakelijke samenhang worden bezien met de voorgestelde regeling over de eigendom van warmtenetten in bestaande situaties. Daar gaan wij nu op in.

3.2 *Bestaande warmtenetten*

Achtergrond en vragen

De voorgestelde Wcw beoogt niet slechts dat een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang een warmtenet exploiteert, maar dat ook het warmtenet zelf in publieke handen is. Daarbij is nog geen definitieve keuze gemaakt over het al dan niet maken van een splitsing tussen de juridische eigendom van het warmtenet en de economische eigendom.[9] De juridische eigendom van een warmtenet zal ingevolge de voorgestelde regeling ofwel komen te berusten bij de gemeente waarin het warmtenet ligt ofwel bij het aangewezen warmtebedrijf (met publiek meerderheidsbelang). De economische eigendom berust steeds bij dat warmtebedrijf.

Na afloop van de aanwijzing van een warmtebedrijf, zal het in ieder geval de economische eigendom van het warmtenet aan het nieuw aangewezen warmtebedrijf moeten overdragen; heeft het warmtebedrijf ook de juridische eigendom van het warmtenet, dan zal deze eveneens moeten worden overgedragen aan de gemeente ofwel het aangewezen warmtebedrijf met publiek meerderheidsbelang.

---

[8] Vgl. daarentegen de Wet verbod pelsdierhouderijen (HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR;2016:2888) of de Wet verbod kolen (Rechtbank Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635).

[9] Vooralsnog gedefinieerd als: "krachtens een rechtsverhouding gerechtigd zijn tot alle rechten en bevoegdheden ten aanzien van een goed, met uitzondering van het recht op levering, en het gehouden zijn om alle verplichtingen ten aanzien van dat goed voor zijn rekening te nemen en daarmee het volledige risico van waardeverandering of tenietgaan van het goed te dragen, zonder dat het goed geleverd is."

Het hiervoor al geschetste overgangsrecht sluit aan op deze constructie: als een warmtebedrijf zonder publiek meerderheidsbelang krachtens overgangsrecht als warmtebedrijf wordt aangewezen (voor een periode van 13 – 30 jaar), kan dat warmtebedrijf voor de duur van die aanwijzing krachtens overgangsrecht de juridische en economische eigendom van het betrokken warmtenet houden. Na afloop van de aanwijzing krachtens overgangsrecht, moeten beide vormen van eigendom worden overgedragen.

Een warmtebedrijf waarvan de aanwijzing vervalt of afloopt – en dat dus de (juridische en) economische eigendom van zijn net moet overdragen – krijgt hiervoor een tegenprestatie die de marktwaarde van de eigendom van het warmtenet vertegenwoordigt. In dit verband hebt u ons de volgende twee vragen gesteld:

> "Is met deze verplichte overdracht van het economisch en juridisch eigendom van het warmtenet sprake van een inmenging in het eigendomsrecht?"
>
> "Indien sprake is van inmenging in het eigendomsrecht, voldoet de concept-regeling van de Wcw aan de vereisten van artikel 1 EP EVRM? Is deze inmenging in het eigendomsrecht op regelgevingsniveau rechtmatig gelet op de vereisten die artikel 1 EP EVRM stelt aan regulering dan wel ontneming van eigendom?"

<u>Beantwoording – eigendomsrecht?</u>
Wij menen dat de verplichte overdracht van zowel de economische als de juridische eigendom een inmenging in het eigendomsrecht behelst. Ten aanzien van de juridische eigendom is dit tamelijk evident: het warmtebedrijf wordt verplicht om zijn (formeel-juridische) aanspraak op het warmtenet over te dragen. Dit kan niet anders worden gezien dan als inmenging in het eigendomsrecht.

Ten aanzien van de economische eigendom geldt in onze ogen hetzelfde, zij het dat de economische eigendom wat lastiger als 'eigendom' te classificeren is. De economische eigendom van een warmtenet behelst – kort gezegd – ieder recht om het warmtenet te exploiteren, *behalve* het recht om hier formeel-juridisch eigenaar van te worden. Economisch eigendom is bovendien geen eenduidige, juridische figuur. Het is een samenstel van afspraken dat, in de praktijk, het predicaat van economisch eigendom krijgt.

Dit samenstel van afspraken moet in onze ogen wel als een vorm van eigendom worden beschouwd. Feitelijk vormt dit samenstel de basis van – en het *recht* op – de exploitatie van een warmtenet door de economisch eigenaar. Bovendien vertegenwoordigt de economische eigendom (nagenoeg) volledig de waarde van een warmtenet: een warmtenet op zichzelf is, als stelsel van pijpen en pompen, min of meer waardeloos. Het net ontleent zijn waarde aan de *exploitatie* hiervan. En het exclusieve exploitatierecht berust bij de economisch eigenaar.

Gegeven de waarde die de economische eigendom vertegenwoordigt en de juridische basis waaruit de aanspraak voortvloeit op exploitatie van een warmtenet door de economisch eigenaar, menen wij dat de economische eigendom van een warmtenet ook als *possession* in de zin van artikel 1 EP kan worden aangemerkt.[10] Dit betekent tevens dat de verplichting om afstand te doen van deze economische eigendom, een vorm van inmenging in het eigendomsrecht is.

Beantwoording – verenigbaarheid met artikel 1 EP?
Dan rijst de vraag of deze inmenging in het eigendomsrecht ook (op regelgevingsniveau) voldoet aan de daaraan te stellen eisen uit hoofde van artikel 1 EP.

Daarmee lijken de eerste twee vereisten om een inmenging als rechtmatig te kwalificeren vervuld. De Wcw is een wet in formele zin en het algemene belang van het publieke eigendom van nutsvoorzieningen lijkt ons niet omstreden.[11] Overigens gunt het EHRM op dit punt aan lidstaten een ruime beoordelingsmarge, zeker met betrekking tot maatregelen die een positief milieueffect beogen (zoals bij het versterken van de warmtetransitie aan de orde zal zijn).[12] Dan resteert de *fair balance*-toets. Ook deze valt in beginsel positief uit, waar wij conform de vraagstelling hebben gekeken naar de combinatie van overgangstermijn en de tegenprestatie op het moment dat de aanwijzing vervalt. Wij lichten dit toe.

De overgangstermijn duurt, aldus de vraagstelling, minimaal 13 jaar. Het is bestendige rechtspraak van het EHRM dat een adequate overgangstermijn in het geval van eigendomsregulering voldoende kan zijn om te voorzien in een *fair balance*, zonder dat (ook) in financiële compensatie hoeft te worden voorzien.[13] De overgangstermijn van ten minste 13 jaar is ook lang te noemen.[14]

---

10 Het EHRM heeft ook meermaals huurovereenkomsten, leases en andere contractuele gebruiksaanspraken als *possession* aangemerkt. Zie bijv. EHRM 26 april 2022, 32521/05 (*Di Marco t. Italië*).

11 Wij constateren overigens wel dat Klapwijk en Pustjens in het artikel 'Warmte-infrastructuur in publieke handen: goed voor het publiek belang of onrechtmatige onteigening', *BR* 2023/11, hierbij hun bedenkingen hebben. Zij vragen zich, in de kern genomen, af of publiek eigendom van warmtenetten de warmtemarkt en de efficiëntie van warmtelevering ten goede komt. Op basis van de ons nu bekende informatie zien wij echter geen reden eraan te twijfelen dat het publieke eigendom van nutsvoorzieningen zoals in het wetsvoorstel wordt voorzien in overeenstemming is met het algemeen belang.

12 O.a. EHRM 27 november 2007, 21861/03 (*Hamer t. België*).

13 Zie o.a.:
EHRM 27 november 2012, 21252/09 (*TIPP 24 AG t. Duitsland*), par. 34-35: verbod op bemiddeling in openbare kansspelen. De aan klager gegunde overgangstermijn was voldoende om aan te nemen dat op hem geen individuele en buitensporige last drukte.
EHRM 16 oktober 2018, 21623/13 (*Könyv-Tar e.a. t. Hongarije*), par. 28: het EHRM overweegt dat de betrokken eigendomsregulering (centralisatie van schoolboekendistributie) niet voorziet in een *fair balance* omdat aan klagers geen compensatie wordt toegekend én bovendien de overgangstermijn onvoldoende lang is om dit gebrek aan compensatie te rechtvaardigen.
EHRM 13 december 2011, 27485/06 e.a. (*Lakecevic e.a. t. Servië*), par. 70: ten aanzien van het in dit geval ontbreken van een *fair balance* overweegt het EHRM: "It could have been otherwise had the applicants been obliged to endure a reasonable and commensurate reduction rather than the total suspension of their entitlements (see, among many authorities, Kjartan Ásmundsson, cited above, § 45; Wieczorek v. Poland, cited above, § 67, Maggio and Others v. Italy, cited above, § 62, Banfield v. the United Kingdom (dec.), no. 6223/04, 18 October 2005) or <u>if the legislature had afforded them a transitional period within which to adjust themselves to the new scheme</u> [ond. adv.]."

14 Wij wijzen op de overgangstermijnen in de Wet verbod kolen en de Wet verbod pelsdierhouderijen, beide van circa 10 jaar.

De overgangstermijn dient in dit geval (ten minste) drie doeleinden: warmtebedrijven krijgen een ruime periode om te bepalen wat zij na ommekomst van de overgangstermijn willen doen; zij krijgen nog de kans om investeringen die zij in hun warmtenetten hebben verricht terug te verdienen; en zij kunnen hangende de overgangstermijn de exploitatie van de warmtenetten voortzetten en hieruit omzet genereren. En na ommekomst van de overgangstermijn heeft een warmtebedrijf nog de optie om in publieke handen te raken om zo de exploitatie van het warmtenet voort te blijven zetten. Dit alles werkt positief door bij het aanleggen van de *fair balance*-toets.[15]

> Daarbij is ook van belang dat de termijn wordt bepaald uitgaande van de duur van de resterende concessie met een minimum van 13 jaar en een maximum van 30 jaar.

Los van het voorgaande, kan de overgangstermijn in onze ogen ook nog worden beschouwd als een vergoeding in natura van eventuele inkomensschade vanwege de eigendomsinmenging. Wij wijzen in dit verband op jurisprudentie van de Afdeling, waarin in de regel inkomensschade (voor eigenaars) vanwege een eigendomsinmenging met een 'factor 10' wordt gekapitaliseerd. Uitgaande van een rekenrente van 4%, komt dit neer op een vergoeding van 13,9 jaar aan inkomensschade. Een overgangstermijn kan vervolgens op die jaren in 'mindering' worden gebracht en dus de aanspraak op vergoeding verlagen.[16]

Hier is belangrijk om op te merken dat deze jurisprudentie van de Afdeling steeds betrekking heeft op eigendoms*regulering*. Of bij eigendoms*ontneming* de schade gemitigeerd kan worden door een overgangstermijn, is ongewisser. In het onteigeningsrecht zien we wel dat periodes van voortgezet gebruik worden geboden om specifieke schadeposten bij bijvoorbeeld bedrijfsverplaatsing te beperken (bijvoorbeeld zodat tijdens de bouw van een nieuwe bedrijfslocatie, de oude bedrijfslocatie in gebruik kan blijven). Het is echter niet zo dat de vergoeding voor de waarde van een onteigende zaak eveneens wordt beïnvloed door een geboden overgangstermijn, of dat de duur van de overgangstermijn in mindering wordt gebracht op de factor waarmee wordt gekapitaliseerd.[17]

De vraag is echter hoeveel dat uitmaakt in specifiek de context van artikel 1 EP. Daartoe kijken wij naar de vergoeding van de waarde van het warmtenet ('de tegenprestatie') en overige schade.

---

15 Vgl. ook rechtbank Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635.

16 Zie o.a. ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5932 en ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6926.

17 Hier geldt overigens ook dat in het nadeelcompensatierecht, zoals toegepast door de Afdeling, *eerst* de inkomensschade wordt berekend door kapitalisatie en dit in mindering wordt gebracht op eventuele vermogensschade. In het onteigeningsrecht is het daarentegen te doen gebruikelijk om eerst de vermogensschade te berekenen en vervolgens te bezien of dan nog inkomensschade resteert. Vgl. ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4355.

Allereerst relevant is dat de tegenprestatie beoogt 'de marktwaarde' van de eigendom te vergoeden. Bij eigendoms*regulering* is een financiële compensatie niet in alle gevallen vereist;[18] bij eigendoms*ontneming* is een vergoeding van de *full market value* het uitgangspunt.[19] De voorgestelde regeling lijkt hierin te voorzien.

> Wij zijn niet bekend met de wijze waarop de marktwaarde van de eigendom zal worden bepaald, maar de bedoeling lijkt wel dat de volledige marktwaarde wordt vergoed. Aandachtspunten hierover vallen buiten de reikwijdte van deze adviesvraag. Het EHRM laat aan Lidstaten echter een ruime beoordelingsmarge bij de wijze waarop (markt)waarde wordt bepaald.[20]

In de situatie waarin toch wordt besloten een onderscheid te maken tussen economisch en juridisch eigendom en alleen de waarde wordt vergoed van de economische eigendom, hoeft het bovenstaande niet anders te worden. Op basis van de omschrijving van "economisch eigendom" in de vraagstelling lijkt ons op voorhand niet onaannemelijk dat de juridisch eigendom geen afzonderlijke waarde vertegenwoordigt naast de economische eigendom.

Los van de vergoeding van de marktwaarde, drukt of mitigeert de overgangstermijn weldegelijk bijkomende schade en is zo van positieve invloed op de *fair balance*-toets. Want als de economische en juridische eigendom van een warmtenet direct met inwerkingtreding van de Wcw zouden moeten worden overgedragen, dan is er nog een reeks aan schadesoorten te bedenken die zich doet voelen. Te denken valt aan het verlies van omzet uit *bestaande* aanspraken/lopende contracten[21], verlies van recentelijk gedane investeringen etc. De overgangstermijn helpt om al die bijkomende schade te mitigeren en een warmtebedrijf in staat te stellen zich voor te bereiden op de (uiteindelijke) overdracht van zijn warmtenetten.

Gelet op de lange overgangstermijn en de concrete doelen die de overgangstermijn dient, menen wij het in algemene zin in overeenstemming met de *fair balance* dat na afloop van een aanwijzing als warmtebedrijf het (gewezen) warmtebedrijf niets ánders vergoed krijgt dan de waarde van het warmtenet. Dit wordt verder bestendigd door het 'vergoeding in natura-karakter' van de overgangstermijn met betrekking tot de inkomensschade;

4 Conclusie en afsluiting

Wij menen dat de voorgestelde regeling in de Wcw over het publiek meerderheidsbelang en over de overdracht van de economische en juridische eigendom van warmtenetten de toets aan artikel 1 EP kan doorstaan.

---

18 Zie o.a. EHRM 28 november 2002, 258701/94 (*Voormalige koning van Griekenland e.a. t. Griekenland*).
19 Zie o.a. EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
20 EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
21 Het verlies hiervan kan op zichzelf ook een inmenging in het eigendomsrecht behelzen, als sprake is van een *legitimate expectation* op die omzet (zie o.a. EHRM 28 september 2004, 44912/98 (*Kopecky t. Slowakije*).

De voorwaarde van het publiek meerderheidsbelang voor nieuwe netten als zodanig zien wij niet als inmenging in het eigendomsrecht.

Voor de overdracht van de eigendom bij bestaande netten na ommekomst van de overgangstermijn wordt de volledige marktwaarde betaald. Mocht worden besloten tot splitsing van het economische en juridische eigendom, dan zien wij, gezien de omschrijving van de term "economisch eigendom" in de vraagstelling, op voorhand geen aanleiding te veronderstellen dat de juridische eigendom nog een waarde vertegenwoordigt naast het economische eigendom.

De lange overgangstermijn draagt er in onze ogen aan bij dat er ook voor het overige geen sprake is van een schending van artikel 1 EP.

Tot zover ons advies.