PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor	Ministerie van Klimaat en Groene Groei
van	Landsadvocaat (kantoor landsadvocaat)
datum	13 februari 2026
inzake	Advies warmtegemeenschappen en de Wcw
zaaknr	11023655

1 Inleiding en vraagstelling

De Wet

1.1 Op 9 december 2025 heeft de Eerste Kamer het voorstel van de Minister van Klimaat en Groene Groei (de "**Minister**") voor de Wet collectieve warmte ("**Wcw**") aangenomen.[1]

1.2 Doel van de Wcw is het bevorderen van de warmtetransitie in de gebouwde omgeving, waarbij duurzaamheid, leveringszekerheid en bescherming van de gebruiker (beter) worden gewaarborgd. Met het oog hierop zet de Wcw in op versterking van de publieke regie.

1.3 Gemeenten (college van burgemeester en wethouders ("**college**")) krijgen onder de Wcw de bevoegdheid een warmtebedrijf voor een gebied – de warmtekavel – aan te wijzen. Uitgangspunt daarbij is dat het college alleen een warmtebedrijf kan aanwijzen waarbij een meerderheidsbelang in handen is van één of meerdere publieke partijen ("**verplichting van een publiek meerderheidsbelang**").[2] Dat houdt in dat alleen de Staat, de provincie, de gemeente of een ander openbaar lichaam (hierna ook: "**openbare lichamen**") direct of indirect doorslaggevende zeggenschap heeft in het warmtebedrijf.[3]

1.4 De Wcw voorziet daarnaast in de mogelijkheid om een warmtegemeenschap als warmtebedrijf aan te wijzen dat zich kwijt van de relevante wettelijke taken en

[1] *Kamerstukken II* 2023/24, 36576, nr. 1. Staatsblad 2026, 10 | Overheid.nl > Officiële bekendmakingen.
[2] Art. 2.2 lid 1 jo. art. 2.5 Wcw. Indien een dergelijk warmtebedrijf niet beschikbaar is kan de gemeente tijdens de ingroeiperiode (7 jaar na inwerkingtreding van de Wcw) ook nog een ander warmtebedrijf aanwijzen dat niet aan die kwalificatie voldoet (art. 2.6 en 2.7 Wcw).
[3] Het kan hier ingevolge artikel 2.2 Wcw gaan om een rechtspersoon waarvan de aandelen direct of indirect in handen is van een openbaar lichaam of om een rechtspersoon met een publiek meerderheidsbelang (meer dan 50% van de aandelen zijn direct of indirect in handen van een openbaar lichaam).

verplichtingen binnen de warmtekavel.[4] Dat warmtegemeenschappen aangewezen moeten kunnen worden voor een warmtekavel (meer dan 1500 aansluitingen) leidt de wetgever af uit richtlijn 2018/2001/EU[5] ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen ("**Richtlijn hernieuwbare energie**").[6] Het betreft meer specifiek artikel 22, lid 2, aanhef en onderdeel c, waarin bepaald is dat lidstaten energiegemeenschappen toegang moeten geven tot geschikte energiemarkten.

1.5 Met de verplichting van een publiek meerderheidsbelang beoogt de wetgever de publieke regie over de warmtetransitie te versterken en de publieke belangen beter te waarborgen, in het bijzonder de bescherming van de verbruiker, het beschermen van de leveringszekerheid en de bescherming van het milieu en klimaat. Van belang is dat de wetgever daarbij kiest voor het hoogst mogelijke beschermingsniveau.[7]

Geen ruimte voor warmtegemeenschap met publiek minderheidsbelang

1.6 De Wcw biedt geen ruimte voor een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap een meerderheidsbelang houdt en een of meer openbare lichamen direct of indirect een minderheidsbelang ("**publiek minderheidsbelang**").

1.7 Een aantal leden van de Tweede Kamer heeft in een motie van 19 juni 2025 de regering verzocht deze mogelijkheid in overleg met de representatieve organisaties van warmtegemeenschappen en de Europese Commissie nader te onderzoeken.[8] De Minister heeft naar aanleiding hiervan Energie Samen, de branchecoöperatie voor en door energiegemeenschappen, om een zienswijze verzocht. Energie Samen heeft deze zienswijze, gedateerd 12 september 2025, aan de Minister toegezonden ("**zienswijze**"). In dat verband is ook gewezen op het artikel 'Wat zijn de eigenschappen van energiegemeenschappen en welke rechtspersonen beantwoorden hieraan?' van B. Hoops e.a. in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie ("**WPNR**").[9]

1.8 U heeft ons vervolgens verzocht om u over deze kwestie te adviseren.

1.9 Op 4 december 2025 heeft er overleg plaatsgevonden met Energie Samen en is zij in de gelegenheid gesteld haar zienswijze nader toe te lichten. Deze toelichting is ook op schrift gesteld en is ons op 18 december 2025 toegezonden. Bij e-mail van 9 december 2025 heeft Energie Samen ook aangegeven dat de kwestie niet ziet op de

---

4 Artikel 2.2 Wcw jo. art. 2.5 Wcw.
5 Richtlijn 2018/2001/EU van het Europees parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (PbEU 2018, L 328).
6 De richtlijn is in Nederland omgezet door middel van de Wet van 30 juni 2021 tot wijziging van de Wet milieubeheer in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en ter uitvoering van het Klimaatakkoord (Staatsblad, 2021 334).
7 *Kamerstukken II* 2023-2023, 36576, nr. 3.
8 *Kamerstukken II* 2024-2025, 36567, nr. 88.
9 B. van Hoops e.a., 'Wat zijn de eigenschappen van energiegemeenschappen en welke rechtspersonen beantwoorden hieraan?', *WPNR* 2025/7510.

vraag hoe een warmtegemeenschap kan worden ingericht (en welke positie een gemeente daarbij kan innemen), maar op de vraag in hoeverre een warmtebedrijf kan worden aangewezen waarin een warmtegemeenschap een meerderheidsbelang heeft met een publiek of privaat minderheidsbelang. De vraag welke rechtspersonen op welke wijze een warmtegemeenschap zoals bedoeld in de Richtlijn hernieuwbare Energie en de Wcw, zoals besproken in bovengenoemd artikel in WPNR, kunnen vormen valt om die reden buiten het bestek van dit advies.

Uw vragen

1.10 In het verlengde hiervan heeft u ons verzocht de volgende vragen te beantwoorden:

I. Is het Europeesrechtelijk mogelijk een warmtebedrijf met een meerderheidsbelang van een warmtegemeenschap en een publiek minderheidsbelang (van bijvoorbeeld infrastructuurbedrijven of de nationale deelneming) aan te wijzen op grond van artikel 2.5 Wcw, gelet op de doelstellingen van de Wcw?

II. Is het Europeesrechtelijk mogelijk private partijen uit te sluiten als minderheidsaandeelhouder van een warmtebedrijf en tegelijkertijd een publieke minderheidsaandeelhouder toe te staan?

III. Is het Europeesrechtelijk mogelijk een warmtebedrijf met een meerderheidsbelang van een warmtegemeenschap en een publiek of privaat minderheidsbelang aan te wijzen op grond van artikel 2.5 Wcw gelet op de doelstellingen van de Wcw?

1.11 U heeft ons verzocht bij de beantwoording van deze vragen uitdrukkelijk in te gaan op de vraag hoe een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap een meerderheidsbelang houdt en een of meer openbare lichamen direct of indirect een minderheidsbelang hebben, zich zou verhouden tot – de doelstelling van - de Richtlijn hernieuwbare energie en in dat verband aandacht te besteden aan de gelijkwaardige behandeling ten opzichte van andere partijen.

1.12 Daarbij heeft u ons bij de beantwoording van deze vragen alle relevante aspecten opnieuw te wegen en te bezien of de opties die Energie Samen noemt toch in de Wcw een plaats zouden kunnen krijgen binnen de kaders.

1.13 Met dit advies voldoen wij graag aan uw verzoek uw vragen te beantwoorden. Eerder, op 2 juni 2025, hebben wij u onder meer over deze vragen reeds met spoed geadviseerd.[10] Het onderhavige advies omvat een verdiepende analyse en betrekt bovendien de punten die Energie Samen naar voren heeft gebracht.

[10] Notitie 'Spoedadvies pensioenfondsen, maatschappelijk investeerders en warmtegemeenschappen'. https://energiesamen.nu/officiele-documenten/

1.14 Het advies is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 3 bevat de doelstellingen van de Wcw en de onderbouwing van de verplichting van een publiek meerderheidsbelang. In hoofdstuk 4 beantwoorden wij vragen I en II. Hoofdstuk 5 bevat het antwoord op vraag III. Hieronder in hoofdstuk 2 zijn de belangrijkste conclusies opgenomen.

2 Conclusie

2.1 Een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap deelneemt met een meerderheidsbelang en daarnaast een of meer openbare lichamen met een minderheidsbelang vinden wij, gelet op de doelstellingen van de Wcw, vanuit Europeesrechtelijk perspectief niet houdbaar.

2.2 Het toestaan van deze combinatie zal invloed hebben op de houdbaarheid van de verplichting van het publieke meerderheidsbelang. Een uitgangspunt van de Wcw is dat publieke zeggenschap vereist is om de beoogde doelstellingen te realiseren. De wetgever heeft voor warmtegemeenschappen een uitzondering op dit uitgangspunt gemaakt. Een warmtegemeenschap kan echter niet op gelijke wijze de publieke belangen verzekeren als een openbaar lichaam.

2.3 Indien de Wcw aanwijzing zou toestaan van een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap deelneemt met een meerderheidsbelang en daarnaast een of meer openbare lichamen met een minderheidsbelang, zou dus wederom worden afgeweken van de verplichting van een van publiek meerderheidsbelang. In dat geval bestaat er een grote kans dat een rechter het publieke meerderheidsbelang als inconsistent zal aanmerken en derhalve als ongeschikt om de beoogde doelen te behalen. Dit geldt temeer nu wij op voorhand geen argumenten zien waarom het, met het oog op de doelstellingen van de Wcw, noodzakelijk is een extra uitzondering te creëren, zeker nu gemeenten, waterschappen, provincies en gemeenschappelijke regelingen al kunnen deelnemen aan een warmtegemeenschap. De zienswijze van Energie Samen biedt daarvoor evenmin aanknopingspunten.

2.4 Daarnaast zien wij geen rechtvaardiging om een minderheidsbelang voor te behouden aan een publieke partij (openbaar lichaam) en private partijen (zonder enige publieke zeggenschap) uit te sluiten als minderheidsaandeelhouder. Het uitsluiten van private partijen is volgens ons onder die omstandigheid juridisch niet houdbaar.

2.5 De aanwijzing van een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap een meerderheidsbelang houdt en dat voor het overige in private handen is, is volgens ons om dezelfde redenen niet houdbaar. Ook dit zou een extra uitzondering vormen op het uitgangspunt dat publieke zeggenschap vereist is, terwijl daartoe geen (Europese) verplichting bestaat en wij ook geen argumenten zien waarom het in het licht van de doelstellingen van de Wcw noodzakelijk is een dergelijke uitzondering te creëren. Daarbij is van belang dat met deze constructie (anders dan bij de eerdergenoemde

uitzondering) een warmtebedrijf kan worden aangewezen dat volledig in private handen is, met als gevolg dat de publieke belangen niet worden geborgd zoals beoogd door de wetgever. Een dergelijke constructie staat dus haaks op het uitgangspunt dat een publiek meerderheidsbelang vereist is om de publieke belangen verzekeren. Het creëren van een uitzondering voor deze variant is onzes inziens dan ook niet te rechtvaardigen in het licht van de doelstellingen van de Wcw. Er bestaat een groot risico dat een rechter zal oordelen dat de verplichting van een publiek meerderheidsbelang vanwege inconsistentie niet geschikt is om de met de Wcw beoogde doelstellingen te behalen.

3 Doelstellingen Wcw en de verplichting van een publiek meerderheidsbelang

3.1 U heeft ons verzocht de vragen te beantwoorden in het licht van de doelstellingen die met de Wcw worden beoogd. Hieronder geven wij deze doelstellingen weer.

3.2 Doel van de Wcw is het bevorderen van de warmtetransitie in de gebouwde omgeving, waarbij duurzaamheid, leveringszekerheid en bescherming van de gebruiker (beter) worden gewaarborgd. Daarnaast beoogt de Wcw de publieke sturing op (realisatie en exploitatie van) collectieve warmte te vergroten.[11]

3.3 In de toelichting bij de Wcw is uiteengezet waarom, tegen de achtergrond van deze doelstellingen, is gekozen voor de verplichting van een publiek meerderheidsbelang.[12] In de kern komt deze onderbouwing erop neer dat een publiek meerderheidsbelang de (sturing op) publieke belangen met betrekking tot de warmtetransitie beter waarborgt, in het bijzonder de bescherming van de verbruiker, het beschermen van de leveringszekerheid en de bescherming van het milieu en klimaat. De bredere achterliggende afweging is dat de aard en de omvang van de maatschappelijke opgave bij collectieve warmte zodanig is dat meer publieke zeggenschap in het aangewezen warmtebedrijf noodzakelijk is.[13]

3.4 De onderbouwing kan als volgt worden samengevat.

A. Betere verzekering van publieke belangen tijdens de warmtetransitie

3.4.1 In de eerste plaats wordt met de verplichting van een publiek meerderheidsbelang beoogd de verzekering van de publieke belangen van een betrouwbaar, betaalbaar en duurzaam energiesysteem in de warmtetransitie te verstevigen. Daarbij is de inschatting dat regulering de publieke belangen alleen voldoende beschermt indien effectief toezicht mogelijk is. Mede door het 'reactieve karakter' van toezicht in combinatie met de grote heterogeniteit van collectieve warmtesystemen schiet alleen

[11] K*amerstukken II*, 2023/24, 36 576, nr. 3, p. 5.
[12] K*amerstukken II*, 2023/24, 36 576, nr. 3, p. 9 e.v. en p. 151 e.v.
[13] Idem, p. 7-8.

regulering echter tekort.[14] Door de verplichting van een publiek meerderheidsbelang kan een openbaar lichaam de koers van het warmtebedrijf van binnenuit bepalen en ervoor zorgen dat het warmtebedrijf proactief handelt in het publieke belang. Hierdoor kunnen overheden de belangen van burgers optimaal beschermen. Deze hoogst mogelijke bescherming van consumenten is noodzakelijk, omdat warmte een nutsvoorziening is en er sprake is van een natuurlijk monopolie waarvan de verbruikers afhankelijk zijn. Een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang zal, zo is de gedachte, uit eigen beweging publieke belangen als consumentenbescherming, duurzaamheid of betaalbaarheid zwaarder laten wegen dan commerciële belangen, omdat bijvoorbeeld niet (alleen) wordt gekeken naar winstmaximalisatie dan wel het behalen van een bepaald rendement. Naar verwachting zullen burgers de invulling van het aandeelhouderschap door medeoverheden kritischer volgen en via de democratische weg hier ook aandacht voor vragen. Er zal dus sterke democratische controle zijn op de invulling van het aandeelhouderschap door medeoverheden.

<u>B. Beperkte mogelijkheden om publieke belangen met regulering en met toezicht af te dwingen</u>

3.4.2 Een tweede reden waarom een publiek meerderheidsbelang boven op de regulering noodzakelijk is, hangt nauw samen met het eerstgenoemde argument. Toezicht heeft een reactief karakter en eventuele correcties komen pas nadat de negatieve effecten zich al hebben voorgedaan.[15] Met de doorslaggevende zeggenschap die ontstaat via een (verplicht) publiek meerderheidsbelang, vindt sturing aan de *voorkant* plaats ten aanzien van alle (nog te ontwikkelen) warmtenetten. Tevens is het van belang dat warmtebedrijven in hun bedrijfsvoering keuzes maken die bijdragen aan het realiseren van de energietransitie tegen de laagste maatschappelijk kosten. Daaronder moet worden begrepen dat (in voorkomend geval) rekening wordt gehouden met de belangen die niet direct betrekking hebben op het afzetgebied van de betreffende warmtekavel van het warmtebedrijf als zodanig, maar ook met belangen die raken aan de energietransitie in bredere zin. Dit is niet met regulering af te dwingen.

<u>C. Een publiek meerderheidsbelang past bij het vitale karakter van warmte en sluit aan bij de benadering van gas, elektriciteit, drinkwater</u>

3.4.3 Ten derde past een publiek meerderheidsbelang bij het toenemende vitale karakter van collectieve warmtevoorzieningen. Publieke aandeelhouders zullen belang hechten aan het bredere systeemperspectief, wat uiteindelijk leidt tot sturing van een energietransitie tegen de laagste maatschappelijke kosten. Daarbij kan, aldus de toelichting, ook een vergelijking worden gemaakt met andere sectoren (gas, elektriciteit, water, spoor), die eveneens een vitaal karakter hebben. Daarmee ligt het niet voor de hand af te wijken van de gekozen benadering rondom eigendomseisen bij

[14] *Kamerstukken II* 2023/24, 36 576, nr. 3, p. 11 e.v.
[15] Idem, p. 137.

die sectoren. Wat hiermee samenhangt, is dat met een publiek meerderheidsbelang in noodsituaties eerder ingegrepen kan worden en er meer interventiemogelijkheden zijn. Ook in crisissituaties met een bredere impact op de energievoorziening, zoals de recente energiecrisis, zijn er meer mogelijkheden om bedrijfseconomische afwegingen tijdelijk minder zwaar te laten wegen dan publieke belangen als betaalbaarheid en leveringszekerheid.

3.4.4 Het voorschrijven van een publiek meerderheidsbelang kan daarnaast ongewenste buitenlandse zeggenschap in vitale warmte-infrastructuur voorkomen. In de recentste 'Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden'[16] is vanwege toegenomen risicovolle strategische afhankelijkheden het beter beschermen van vitale infrastructuur als één van de speerpunten genoemd. Ook in zoverre zou een publiek meerderheidsbelang aansluiten bij het Nederlandse beleid ten aanzien van andere vitale infrastructuren zoals gas, elektriciteit, drinkwater (en spoor).

D. Betere en directe afstemming tussen bestuurlijke keuzes warmtetransitie en bedrijfsvoering warmtebedrijf

3.4.5 Ten vierde wordt een publiek meerderheidsbelang wenselijk geacht gezien de hoge mate van samenhang tussen bestuurlijke keuzes in de lokale warmtetransitie en bedrijfseconomische overwegingen van het aangewezen warmtebedrijf. Gemeenten kunnen zowel door aandeelhouderschap in warmtebedrijven als via beleidsinstrumentarium sturen op de realisatie van collectieve warmtevoorzieningen. Dit argument houdt nauw verband met het eerste argument (betere verzekering van publieke belangen tijdens de warmtetransitie), met name als het gaat om de gedachte dat de belangen en prikkels voor de gemeente (als regelgevend regisseur) en publieke aandeelhouder normaal gesproken "*in dezelfde richting*" werken, "*wat de besluitvorming over en realisatie van warmtenetten sterk kan bevorderen.*"[17] Ook de hiervoor onder het tweede argument genoemde overweging, dat publieke aandeelhouders sneller geneigd zijn rekening te houden met de belangen van andere warmtebedrijven in aangrenzende gebieden in de regio en minder eenzijdig gewicht toekennen aan bedrijfseconomische afwegingen als zodanig, is van belang. Dat (bredere en maatschappelijke) perspectief draagt bij aan (betere) bestuurlijke keuzes met betrekking tot de warmtetransitie en de bedrijfsvoering van het betreffende warmtebedrijf als zodanig. Als voorbeeld wordt genoemd de situatie dat schaarse warmtebronnen verdeeld moeten worden of dat samengewerkt moet worden om een regionale warmtebron te ontsluiten.

3.4.6 Tot slot is van belang dat publiek aandeelhouderschap ervoor kan zorgen dat overheden zelf niet alleen meedelen in de risico's, maar ook in de voordelen die bij die keuzes horen.

[16] *Kamerstukken II* 2022/23, 30 821, nr. 178, bijlage.
[17] *Kamerstukken II* 2023/24, 36 576, nr. 3, p. 11.

E. Een publiek meerderheidsbelang biedt maatschappelijke voordelen bij de financiering van collectieve warmtevoorzieningen

3.4.7 Voorts kan publiek aandeelhouderschap, aldus de toelichting, maatschappelijke voordelen bieden met betrekking tot de financiering van het type investeringen die voor collectieve warmtevoorzieningen kenmerkend zijn.

3.4.8 Het wordt geacht daarbij aannemelijk geacht dat een "warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang genoegen kan nemen met een lager rendement dan het vanuit private aandeelhouders gewenste rendement voor een privaat warmtebedrijf".[18] Het gevolg daarvan kan zijn dat een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang sneller (een deel) van zijn rendement zou benutten voor herinvesteringen gericht op de versnelling van de warmtetransitie.
Verder is het ook de verwachting dat met een publiek meerderheidsbelang investeringen met een lange looptijd en de daarbij behorende risico's makkelijker doorgang vinden. Daarbij is de aanname dat in sommige situaties warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang tegen lagere rente kapitaal kunnen aantrekken en daarmee de kapitaallasten kunnen drukken. Ook is relevant dat aangenomen wordt dat publieke aandeelhouders lagere *hurdle rates* hanteren om investeringen te beoordelen, waardoor investeringen eerder doorgang vinden.

F. Een publiek meerderheidsbelang versterkt het draagvlak voor collectieve warmte

3.4.9 Tot slot is de gedachte dat, als een publieke aandeelhouder betrokken is, burgers meer vertrouwen zullen hebben in de verzekering van hun belangen bij het warmtebedrijf.

3.5 In de toelichting bij de Wcw is tevens uiteengezet dat met andere (mogelijk minder vergaande) maatregelen de beoogde doelstellingen niet kunnen worden behaald.

3.6 Hieronder beantwoorden wij uw vragen, in het licht van de hierboven genoemde doelstellingen.

[18] *Kamerstukken II* 2023/24, 36576, nr. 3 p. 2.

4 Vragen I en II: Is het Europeesrechtelijk mogelijk een warmtebedrijf met een meerderheidsbelang van een warmtegemeenschap en een publiek minderheidsbelang (van bijvoorbeeld infrastructuurbedrijven of de nationale deelneming) aan te wijzen op grond van artikel 2.5 Wcw, gelet op de doelstellingen van de Wcw? Is het Europeesrechtelijk mogelijk daarbij private partijen uit te sluiten als minderheidsaandeelhouder?

Uw vragen

4.1 Uw eerste vraag is of het vanuit Europeesrechtelijk perspectief mogelijk is om op grond van artikel 2.5 van de Wcw en gelet op haar doelstellingen, een warmtebedrijf aan te wijzen dat bestaat uit een meerderheidsbelang van een warmtegemeenschap en een publiek minderheidsbelang. In het verlengde daarvan is uw vraag of het mogelijk is private bedrijven daarbij uit te sluiten.

4.2 Artikel 2.5 Wcw voorziet als gezegd in twee typen warmtebedrijven. Het college kan in de eerste plaats een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang aanwijzen. Dit houdt concreet in dat meer dan 50% van de aandelen direct of indirect in handen is van een openbaar lichaam.[19] In de tweede plaats kan het college een warmtegemeenschap als warmtebedrijf aanwijzen.[20] De Wcw biedt aldus geen ruimte voor het aanwijzen van een ander type warmtebedrijf, zoals de combinatie van een warmtegemeenschap als meerderheidsaandeelhouder en een publiek minderheidsbelang. Om de aanwijzing van een dergelijk type warmtebedrijf mogelijk te maken, is een aanpassing van de Wcw noodzakelijk.

4.3 De vraag is of dit vanuit Europeesrechtelijk perspectief mogelijk is, gelet op de doelstellingen van de Wcw.[21]

Zienswijze Energie Samen

4.4 Energie Samen beantwoordt deze vraag positief. In haar zienswijze en de nadere toelichting heeft Energie Samen uiteengezet dat warmtegemeenschappen ook een rol vervullen bij het waarborgen van het publieke belang.[22] Energie Samen wijst in dit verband op de karakteristieken van een warmtegemeenschap. Warmtegemeenschappen mogen geen winstoogmerk hebben, maar dienen te

---

19 Een aanvraag om te worden aangewezen kan ingevolge artikel 2.2 lid 1 Wcw worden aangevraagd door "een warmtebedrijf waarvan meer dan 50% van de aandelen direct of indirect berusten bij de Staat der Nederlanden, een provincie, gemeente of ander openbaar lichaam" (aanhef en onder a) of "een warmtebedrijf dat een warmte joint-venture is van een warmtenetbedrijf en een warmteleveringsbedrijf waarbij: 1°.meer dan 50% van de aandelen van het warmtenetbedrijf direct of indirect berusten bij de Staat der Nederlanden, een provincie, gemeente of ander openbaar lichaam, en 2°.het warmtenetbedrijf meer dan 50% van de aandelen of doorslaggevende zeggenschap in de warmte joint-venture heeft" (aanhef en onder b).

20 Evenals - kort gezegd - warmtebedrijven waarvan 100% van de aandelen in handen is van een warmtegemeenschap. (zie artikel 2.2 lid 1, aanhef en onder c, Wcw).

21 Zie in dit verband onder meer artikel 2(16) en 22 Richtlijn hernieuwbare energie.

22 Daarbij verwijst Energie Samen naar de parlementaire geschiedenis ter zake: K*amerstukken II*, 2023–2024, 36 576, nr. 3, p. 35.

handelen in het belang van de warmtegemeenschap. De zeggenschap en controle ligt bij de eindgebruikers. Het lidmaatschap is open en vrijwillig en de warmtegemeenschap dient gebruik te maken van duurzame warmtebronnen als belangrijkste warmtebron.[23] Daarnaast wordt met een publiek minderheidsbelang (naast het karakter van de warmtegemeenschap) de publieke betrokkenheid zeker gesteld. Warmtebedrijven zijn al met al niet gelijk te stellen met private of commerciële partijen. Met een warmtegemeenschap als meerderheidsaandeelhouder worden de belangen van de gebruiker, het milieu en klimaat en de leveringszekerheid dan ook op dezelfde manier verzekerd als met een publiek meerderheidsbelang. Een bredere regie kan de gemeente voeren via het warmteprogramma, een uitvoeringsplan, een wijziging van het omgevingsplan of het wijzigen van een warmtekavel. Publieke deelname is daarvoor niet nodig. Tot slot meent Energie Samen dat ook financiering verzekerd is bij de warmtegemeenschap. Omdat er een motie is aangenomen om het waarborgfonds ook voor warmtegemeenschappen toegankelijk te maken, zullen zij straks financiering tegen dezelfde aantrekkelijke voorwaarden aantrekken als een publieke partij.

Analyse

4.5 Onzes inziens is het aanwijzen van een warmtebedrijf met een meerderheidsbelang van een warmtegemeenschap en daarnaast een minderheidsbelang van een publieke partij, gelet op de doelstellingen van de Wcw, vanuit Europeesrechtelijk perspectief niet houdbaar. Hieronder bespreken wij de verschillende bezwaren ten aanzien van deze constructie.

Opmerking vooraf: constructie kwalificeert niet als warmtegemeenschap

4.6 Daaraan voorafgaand is het volgende nog van belang. Om als warmtegemeenschap te worden aangemerkt, moet worden voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld in artikel 22 lid 2 Richtlijn hernieuwbare energie. In de Wcw is verankerd dat warmtegemeenschappen aan deze eisen voldoen.

4.7 Een van de eisen is dat de feitelijke zeggenschap over de warmtegemeenschap is gelegen bij de leden, vennoten of aandeelhouders van de rechtspersoon, die in de nabije omgeving van de collectieve warmtevoorziening zijn gevestigd (‘voor de burger, door de burger’).[24] Een andere voorwaarde is dat de hernieuwbare-energieprojecten in eigendom zijn van en ontwikkeld zijn door de warmtegemeenschap. De warmtegemeenschap zal normaal gesproken over het volledige eigendom van de voorziening beschikken en deze ook ontwikkelen.[25]

4.8 Tijdens het overleg van 4 december 2025 hebben we geconstateerd dat deze voorwaarden met zich brengen dat een warmtebedrijf met een meerderheidsbelang

[23] Artikel 1.1 Wcw.
[24] Zie artikel 2.3, lid 3 onder d, Wcw; zie ook artikel 2, onder 16 sub a, van richtlijn 2018/2001/EU.
[25] Zie ook art. 2.45 Wcw.

van een warmtegemeenschap en daarnaast een minderheidsbelang van een publieke of private partij, niet kwalificeert als warmtegemeenschap in de zin van de Wcw en de Richtlijn hernieuwbare energie. Deze constructie voldoet namelijk niet aan de voorwaarden die hierin zijn gesteld. Daarover is geen verschil van inzicht.

Extra uitzondering raakt juridische houdbaarheid van publiek meerderheidsbelang

4.9 In de eerste plaats kan het creëren van de mogelijkheid van een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap een meerderheidsbelang heeft en een of meer openbare lichamen een minderheidsbelang, afbreuk doen aan de coherentie van de verplichting van een publiek meerderheidsbelang. Het toestaan van de constructie kan aldus gevolgen hebben voor de juridische houdbaarheid hiervan. Dat lichten wij toe.

4.10 De verplichting van een publiek meerderheidsbelang vormt een beperking van het recht op vrij verkeer binnen de Europese Unie.[26] Dit betekent dat deze verplichting moet worden gerechtvaardigd. Een beperking van het vrij verkeer is geoorloofd als het betreffende vereiste (i) non-discriminatoir is, (ii) gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang, (iii) geschikt is om het beoogde belang te bereiken of daar een bijdrage aan kan leveren en (iv) het beoogde belang niet met minder vergaande middelen kan worden bereikt. Deze laatste twee voorwaarden vormen samen de evenredigheidstoets. Het is aan de regulerende overheid om te onderbouwen dat aan deze voorwaarden is voldaan.

4.11 Daarbij is van belang dat een beperking alleen geschikt kan worden geacht om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen (voorwaarde (iii)) indien dat doel er daadwerkelijk op coherente en stelselmatige wijze mee wordt nagestreefd.[27] De nationale en Europese rechtspraak laat zien dat de rechter kritisch toetst of aan dit coherentievereiste wordt voldaan, onder meer als het gaat om eisen ten aanzien van het aandeelhouderschap. Het maken van bepaalde uitzonderingen kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat een regeling niet coherent is, omdat de beoogde doelstellingen daarmee worden ondergraven.[28]

> Ter illustratie noemen wij twee voorbeelden.
> Het arrest Apothekerkammer des Saarlandes zag op een regeling die ter bescherming van de volksgezondheid het recht om een apotheek te exploiteren voorbehield aan apothekers. Niet-apothekers waren van exploitatie uitgesloten. In het kader van de geschiktheidseis, wees het Hof van Justitie van de Europese Unie ("**HvJEU**") erop dat nationale regeling de exploitatie van apotheken door niet-apothekers *niet volledig* uitsluit.

[26] Zie Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (PbEU L 376)(Europese Dienstenrichtlijn), het vrij verkeer van kapitaal (artikel van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU") en de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU).

[27] Vaste rechtspraak, bijvoorbeeld HvJ 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-306/04, Placanica e.a., ECLI:EU:C:2007:133, punten 53 en 58, en HvJ 17 juli 2008, C-500/06, CLI:EU:C:2008:421, Corporación Dermoestética, punten 39 en 40, HvJEU 19 mei 2009, C-171/07 en C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, ECLI:EU:C:2009:316.

[28] Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520; ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965.

Zo gold bij wijze van uitzondering dat de erfgenamen van een apotheker die zelf niet de hoedanigheid van apotheker hadden, de hun door erfenis toegevallen apotheek gedurende maximaal twaalf maanden konden exploiteren. Ook konden ziekenhuizen interne apotheken exploiteren. Het HvJEU toetste nauwgezet of deze uitzonderingen de regeling incoherent maakten. Dat was niet het geval.[29]

Het HvJEU kwam tot een andere conclusie in het arrest Commissie/Oostenrijk,[30] dat zag op Oostenrijkse eisen inzake aandeelhouderschap van vennootschappen van octrooigemachtigden. De regeling kwam erop neer dat alleen de octrooigemachtigden zelf, hun familieleden en de door deze natuurlijke personen opgerichte stichtingen aandelen konden bezitten in een dergelijke vennootschap. Het HvJEU oordeelde dat dergelijke eisen in verband met het aandeelhouderschap niet kunnen worden beschouwd als coherent in de zin van die rechtspraak, aangezien de Oostenrijkse wetgeving toestond dat personen die geen octrooigemachtigde zijn, namelijk hun familieleden, vennoot worden in een vennootschap van octrooigemachtigden, terwijl dit niet mogelijk is voor vennootschappen uit de sector die in een andere lidstaat dan de Republiek Oostenrijk zijn gevestigd.

4.12 In de toelichting bij de Wcw is uitvoerig onderbouwd waarom de verplichting van een publiek meerderheidsbelang een gerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer vormt.[31] In dit verband verwijzen wij naar hoofdstuk 3. De wetgever heeft een duidelijke (politiek-bestuurlijke) keuze gemaakt om aan de consument het hoogst mogelijke beschermingsniveau te bieden. Een publiek meerderheidsbelang is, aldus de toelichting, vereist om de belangen van burgers optimaal te beschermen. Met een publiek meerderheidsbelang kunnen overheden van binnenuit de koers van het warmtebedrijf bepalen en ervoor zorgen dat het warmtebedrijf proactief handelt in het publiek belang. In de toelichting is tevens uiteengezet waarom een publiek meerderheidsbelang geschikt is om de door de Wcw nagestreefde belangen te bereiken en waarom deze belangen niet met minder vergaande middelen kunnen worden bereikt.[32]

4.13 In dat kader is uitdrukkelijk ingegaan op twee mogelijke alternatieven. In de eerste plaats is dit de mogelijkheid voor de aanwijzing van zowel publieke als private warmtebedrijven (hybride marktmodel). Over dit hybride marktmodel overweegt de toelichting dat publieke belangen onvoldoende gewaarborgd zullen zijn, omdat de regulering als zodanig te weinig sturingsmogelijkheden biedt en de noodzakelijke regie door publiek aandeelhouderschap zou ontbreken. Er is ook gekeken naar de mogelijkheid van een publiek minderheidsbelang, maar overwogen dat in die variant de doelstellingen van de Wcw niet voldoende zouden worden gerealiseerd, met name omdat in die variant een publieke partij geen doorslaggevende zeggenschap heeft over

[29] HvJEU 19 mei 2009, C-171/07 en C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, ECLI:EU:C:2009:316.
[30] HvJEU 29 juli 2019, C-209/18, Europese Commissie tegen Republiek Oostenrijk, ECLI:EU:C:2019:632.
[31] K*amerstukken II*, 2023–2024, 36 576, nr. 3, p. 9 e.v. en p. 151 e.v.
[32] K*amerstukken II*, 2023–2024, 36 576, nr. 3, p. 9 e.v., par. 15.4 en par. 18.1.6.

het beleid van het warmtebedrijf. Daardoor worden de hiervoor besproken voordelen en de doelstellingen van de wet niet gehaald, aldus de toelichting. Deze variant is Europeesrechtelijk niet te rechtvaardigen, omdat het geen geschikt en noodzakelijk middel zou zijn om de hiervoor genoemde doelen te bereiken.

4.14 De mogelijkheid om als warmtegemeenschap te worden aangewezen, vormt een uitzondering op het vereiste van het publieke meerderheidsbelang.[33] In het wetvoorstel is dit ook onderkend. In de toelichting bij de Wcw is uiteengezet dat deze uitzondering verband houdt met verplichting neergelegd in artikel 22 lid 1 en 2 Richtlijn hernieuwbare energie om warmtegemeenschappen toegang te geven tot geschikte energiemarkten. In dat verband is opgemerkt dat de warmtegemeenschap op een aantal belangrijke punten afwijkt van een privaat warmtebedrijf. "*Zo is een warmtegemeenschap niet gericht op het maken van winst, gelden er strikte regels voor het lidmaatschap (lidmaatschap is open en vrijwillig en leden hebben het recht de gemeenschap te verlaten) en moeten de leden in nabije omgeving van de collectieve warmtevoorziening zijn gevestigd*."[34] Ook is aangegeven dat warmtegemeenschappen (weliswaar) geen publieke entiteit zijn, maar dat hun bestaan en ontwikkeling doorgaans wel een breder maatschappelijk belang dient en dat de collectieve belangen die de warmtegemeenschappen behartigen, doorgaans geen spanning zullen opleveren met de bredere publieke belangen.[35]

4.15 Kortom, de wetgever heeft uitdrukkelijk stilgestaan bij de karakteristieken van een warmtegemeenschap, ook in verhouding tot het publieke meerderheidsbelang. De wetgever heeft de twee vormen (evenwel) niet met elkaar gelijkgesteld, maar een uitzondering gemaakt op de verplichting van een publiek meerderheidsbelang met als gevolg dat er twee typen warmtebedrijven zijn. Deze uitzondering hield verband met de Richtlijn hernieuwbare energie.

4.16 Hieruit volgt dat in de ogen van de wetgever warmtegemeenschappen niet op gelijke wijze de publieke belangen kunnen verzekeren als openbare lichamen.

4.17 Deze gedachte van de wetgever kunnen wij goed volgen. Het hoofddoel van een warmtegemeenschap is het verschaffen van milieu-, economische of sociale voordelen aan haar aandeelhouders of leden of aan de lokale gebieden waar zij actief is.[36]

---

33 *Kamerstukken II*, 2023–2024, 36 576, nr. 3, p. 159: "Voor warmtegemeenschappen geldt een uitzondering op het vereiste van publiek meerderheidsbelang, omdat een dergelijke eis zou betekenen dat een warmtegemeenschap geen aangewezen warmtebedrijf kan zijn".

34 K*amerstukken II*, 2023–2024, 36 576, nr. 3, p. 160.

35 K*amerstukken II*, 2023–2024, 36 576, nr. 3, p. 35.

36 Artikel 2(16) Richtlijn hernieuwbare energie definieert een hernieuwbare-energiegemeenschap als: "Een juridische entiteit
a) die in overeenstemming met het toepasselijke nationale recht, gebaseerd is op open en vrijwillige deelname, autonoom is en daadwerkelijk wordt gecontroleerd door aandeelhouders of leden die zijn gevestigd in de nabijheid van de hernieuwbare-energieprojecten die in eigendom zijn van en ontwikkeld zijn door die juridische entiteit;
b) waarvan de aandeelhouders of leden natuurlijke personen, kmo's of lokale overheden, met inbegrip van gemeenten, zijn;

Warmtegemeenschappen zullen gelet hierop doorgaans een breder maatschappelijk belang dienen en hebben geen winstoogmerk. In zoverre onderscheiden zij zich van private bedrijven die gericht zijn op het maximaliseren van winst. Tegelijkertijd is om verschillende redenen niet geborgd dat een warmtegemeenschap op dezelfde wijze de publieke belangen behartigt zoals beoogd door de wetgever.

i. In de eerste plaats staan binnen de warmtegemeenschap de belangen van eigen leden en aandeelhouders centraal. Dat kunnen ook economische belangen zijn. Deze collectieve belangen vallen niet noodzakelijkerwijs (en zeker niet in alle gevallen) samen met de publieke belangen die de Wcw voor ogen heeft. Die collectieve belangen van een warmtegemeenschap moeten dan ook worden onderscheiden van de publieke belangen die de wetgever beoogt. Deze publieke belangen kunnen de belangen van een individueel warmtebedrijf overstijgen.

ii. Voorts ligt het niet in de rede dat een warmtegemeenschap rekening houdt met het bredere en maatschappelijke systeemperspectief en de samenhang van bestuurlijke keuzes in de lokale warmtetransitie met bedrijfseconomische overwegingen van de warmtegemeenschap.[37] Daarbij is van belang dat een warmtegemeenschap ook kan bestaan uit (lokale) private ondernemingen (zonder winstoogmerk). Een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang zal daarentegen bij de besluitvorming rekening houden met publieke belangen vanuit een breder systeemperspectief (zoals het bijdragen aan de energietransitie in bredere zin). Deze besluitvorming kan bovendien direct worden afgestemd op bestuurlijke keuzes. Dit is met regulering niet af te dwingen.

iii. Daarbij komt dat een warmtegemeenschap een eigen (mogelijk andere) afweging kan maken tussen de milieu-, economische of sociale voordelen die zij haar leden of aandeelhouders wil verschaffen dan een openbaar lichaam met het oog op het dienen van het publieke belang. Zo is denkbaar dat een lokale overheid waakt voor de betaalbaarheid van de warmtevoorziening – dus: dat verbruikers lagere tarieven gerekend worden – , terwijl de warmtegemeenschap juist wat hogere tarieven zou willen rekenen en van het rendement daarop milieudoelen zou willen dienen. Andersom kan een warmtegemeenschap ervoor kiezen meer de nadruk te leggen op het bieden

c) waarvan het hoofddoel is het verschaffen van voordelen op milieugebied of op economisch of sociaal gebied aan haar aandeelhouders of leden of aan de lokale gebieden waar zij actief is, en niet het realiseren van winst;"
In artikel 1.1 Wcw wordt een warmtegemeenschap gedefinieerd als een rechtspersoon of personenvennootschap die:
"a. ten behoeve van haar leden, vennoten of aandeelhouders actief is als warmtebedrijf;
b. als hoofddoel heeft het bieden van milieuvoordelen of economische of sociale voordelen aan haar leden, vennoten of aandeelhouders of aan de plaatselijke gebieden waar ze werkzaam is;
c. niet is gericht op het maken van winst, en
d. gebruik maakt van duurzame warmtebronnen als belangrijkste warmtebron." In artikel 2.2 lid 4 Wcw zijn aanvullende voorschriften opgenomen voor een warmtegemeenschap.

[37] Zoals beoogd door de wetgever, zie onder meer *Kamerstukken II*, 2023–2024, 36 576, nr. 3, p. 9.

van economische voordelen in de vorm van lagere tarieven, terwijl een lokale overheid andere keuzes zou maken die de bredere efficiënte warmtetransitie ten goede komen, ter bescherming van het milieu en klimaat en de leveringszekerheid. Kortom, ook als een warmtegemeenschap milieu-, economische of sociale voordelen nastreeft in het belang van haar leden of aandeelhouders, zijn dat niet noodzakelijkerwijs – in dezelfde mate – dezelfde belangen als een openbaar lichaam nastreeft. De afweging van de belangen kan verschillen.

iv. De belangen van de leden, vennoten of aandeelhouders van een warmtegemeenschap zijn rechtstreeks betrokken bij de warmtegemeenschap. Logischerwijs zullen zij zich ook laten leiden door de mate waarin hun belangen bij de warmtegemeenschap zullen worden behartigd. Warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang moeten daarentegen meer in algemene zin verantwoording afleggen aan hun publieke aandeelhouder of aandeelhouders. Die aandeelhouder of aandeelhouders wordt of worden via de democratische processen gecontroleerd, terwijl dat in zoverre niet geldt voor de leden, vennoten of aandeelhouders van een warmtegemeenschap, behalve voor zover dat openbare lichamen zijn.

v. Wij beseffen dat voor warmtegemeenschappen een aantal van de argumenten kunnen opgaan die wij hiervoor onder 3 hebben geformuleerd en die de wetgever noemt voor het voorschrijven van de verplichting van een publiek meerderheidsbelang. Zo zullen warmtegemeenschappen gebruik moeten maken van duurzame warmtebronnen en dragen die naar verwachting bij aan het draagvlak voor warmte onder hun leden, vennoten of aandeelhouders. Voor zover verbruikers die warmte afnemen in het gebied waarin de warmtegemeenschap de (af)levering daarvan verzorgt, lid, vennoot of aandeelhouder van die warmtegemeenschap zijn, kunnen zij ook voor hun eigen consumentenbelangen waken. Uit het voorgaande volgt evenwel dat voor warmtegemeenschappen niet alle argumenten opgaan die wij hiervoor onder 3 hebben geformuleerd. Ook daarom behartigen warmtegemeenschappen niet per se de publieke belangen die de wetgever heeft beoogd. Daarmee kan overigens verder in het midden blijven of warmtegemeenschappen gebruik zouden kunnen maken van de Garantieregeling warmtenetten[38], zoals Energie Samen stelt. Immers, de financiering is slechts een van de genoemde argumenten voor een publiek meerderheidsbelang.

4.18 Ook anderszins kwalificeert een warmtegemeenschap niet als openbaar lichaam. Weliswaar kunnen aan dan wel in een warmtegemeenschap wel openbare lichamen

[38] *Kamerstukken II*, 2024/25, 36576, nr. 107.

deelnemen als leden, vennoten of aandeelhouders, maar de feitelijke zeggenschap daarover dient te berusten bij de deelnemers aan de warmtegemeenschap die gevestigd zijn in de buurt van de betreffende collectieve warmtevoorziening.[39] Het is daarmee dus niet aan een publieke partij om de koers van het warmtebedrijf van binnenuit te bepalen met het oog op de publieke belangen.

4.19 Indien in de Wcw de mogelijkheid wordt gecreëerd om een warmtebedrijf aan te wijzen met een meerderheidsbelang van een warmtegemeenschap en een publiek minderheidsbelang, vormt dit een *extra* uitzondering op het vereiste van een publiek meerderheidsbelang. Dit zet de coherentie van deze verplichting onder druk. Een extra uitzondering doet afbreuk aan het uitgangspunt van de Wcw dat een publiek meerderheidsbelang noodzakelijk is om de beoogde doelstellingen te realiseren. Kan deze verplichting nog wel geschikt en noodzakelijk worden geacht als de wetgever hierop verschillende uitzonderingen maakt? De constructie raakt daarmee de juridische houdbaarheid van de verplichting van het publiek meerderheidsbelang en de daarmee gediende publieke belangen die hiervoor al aan de orde kwamen.[40]

4.20 Dit geldt temeer nu wij op voorhand geen argumenten zijn waarom het, met het oog op de doelstellingen van de Wcw, noodzakelijk is een extra uitzondering te creëren die voorziet in een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap en een andere juridische entiteit deelnemen. De zienswijze van Energie Samen biedt hiervoor geen aanknopingspunten. Een constructie waarin een warmtegemeenschap en een andere juridische entiteit deelnemen in een warmtebedrijf draagt ook niet bij aan het Europeesrechtelijke doel om door middel van warmtegemeenschappen *lokale* participatie en *lokaal* draagvlak te creëren. Een extra uitzondering is dus ook met het oog daarop niet noodzakelijk, integendeel. De Wcw staat al toe dat (lokale) openbare lichamen als lid, vennoot of aandeelhouder deelnemen aan dan wel in een warmtegemeenschap. Dat kunnen gemeentes zijn of provincies, maar ook waterschappen en gemeenschappelijke regelingen.[41] Nu de feitelijke zeggenschap over de warmtegemeenschap dient te berusten bij de deelnemers daaraan die gevestigd zijn in de buurt van de betreffende collectieve warmtevoorziening, biedt de Wcw al ruimte voor een warmtegemeenschap waarin een of meer openbare lichamen met een minderheidsbelang deelnemen.

4.21 Energie Samen heeft nog toegelicht dat het creëren van een uitzondering voor een warmtebedrijf, waarin een warmtegemeenschap een meerderheidsbelang houdt en een of meer publieke partijen een minderheidsbelang, systeembeheerders voor gas dan wel elektriciteit respectievelijk EBN in staat zou stellen als minderheidsaandeelhouder deel te nemen in een warmtebedrijf. Dit kan, aldus Energie Samen, bijdragen aan het verkrijgen van kapitaal en expertise. Ook hierin zien wij

[39] Artikel 2.3 lid 4, onder d, Wcw.
[40] Zie in het bijzonder de belangen zoals uitgewerkt in hoofdstuk 3 hiervoor onder B, D en deels E en die ook in randnummer 4.14 worden besproken in relatie tot de warmtegemeenschap.
[41] Artikel 2.3 lid 4, onder a, Wcw.

geen argument om een extra uitzondering te maken op de verplichting van het publiek meerderheidsbelang. Dergelijke publieke partijen kunnen immers al deelnemen in een warmtebedrijf dat niet gedreven wordt door een warmtegemeenschap maar op basis van de verplichting van een publiek meerderheidsbelang (overigens kan een warmtegemeenschap dan met een minderheidsbelang deelnemen in dat warmtebedrijf). Verder staat volgens ons de stelling van Energie Samen dat als systeembeheerders voor gas dan wel elektriciteit respectievelijk EBN zouden kunnen deelnemen in een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap een publiek meerderheidsbelang heeft, zij zouden kunnen bijdragen aan het verkrijgen van kapitaal en expertise, bovendien op gespannen voet met het argument dat warmtegemeenschappen de beoogde publieke belangen op dezelfde wijze als een openbaar lichaam kunnen verzekeren (zie argument E ten aanzien van de verplichting van het publiek meerderheidsbelang). In deze sleutel geplaatst is het toestaan van een publiek minderheidsbelang, zodat systeembeheerders voor elektriciteit dan wel gas en EBN daarin kunnen deelnemen, eens te minder te rechtvaardigen.

4.22 Daarbij komt dat gemeenten op grond van de Wcw ook verplicht zijn om warmtegemeenschappen waar nodig ondersteuning te bieden om zich te organiseren. Daarnaast dient ook de Minister een faciliterend kader ter bevordering van de ontwikkeling van warmtegemeenschappen vast te stellen, overigens in overleg met de representatieve organisaties van warmtegemeenschappen.[42]

4.23 De wens van Energie Samen verdraagt zich aldus niet met het hiervoor gesignaleerde risico dat het maken van uitzonderingen op de verplichting van een publiek meerderheidsbelang de juridische houdbaarheid daarvan en de daarmee gediende publieke belangen raakt.

<u>Geen rechtvaardiging voor het uitsluiten van een privaat minderheidsbelang</u>

4.24 Dat brengt ons bij het volgende bezwaar. Met het voorschrijven van een publiek minderheidsbelang, wordt een privaat minderheidsbelang uitgesloten. Dit behoeft rechtvaardiging vanuit Europeesrechtelijk perspectief, omdat private partijen worden belemmerd in het vrij verkeer van kapitaal.

4.25 Gesteld dat een warmtegemeenschap de beoogde publieke belangen wél in voldoende mate zeker kan stellen, valt niet in te zien waarom het noodzakelijk zou zijn om náást een warmtegemeenschap (als meerderheidsaandeelhouder), (ook nog) het minderheidsbelang voor te voorbehouden aan een publieke entiteit. Dit laatste ondergraaft juist het betoog dat een warmtegemeenschap op dezelfde wijze als een openbaar lichaam de beoogde publieke belangen kan verzekeren. De redenering lijkt aldus innerlijk tegenstrijdig. Immers, indien de publieke belangen met een meerderheidsbelang van een warmtegemeenschap in voldoende mate zijn verzekerd, is een publiek minderheidsbelang niet meer noodzakelijk. Het is van tweeën een.

[42] Artikel 12.6 Wcw. Zie ook art. 22 Richtlijn hernieuwbare energie.

4.26 Andersom is bij een publiek minderheidsbelang – dus ook in een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap een meerderheidsbelang heeft – geen sprake van de gewenste publieke sturing. Een publieke partij heeft op basis van een minderheidsbelang immers geen doorslaggevende zeggenschap over het beleid van het warmtebedrijf. Om die reden is, aldus de toelichting bij de Wcw, een publiek minderheidsbelang geen alternatief voor het publieke meerderheidsbelang. De met de wet beoogde doelstellingen kunnen niet worden behaald met een publiek minderheidsbelang.

4.27 Tegen deze achtergrond zien wij geen rechtvaardiging om alleen ruimte te bieden aan een publiek minderheidsbelang, en private minderheidsaandeelhouders uit te sluiten.

Tussenconclusie

4.28 Wij menen dat een warmtebedrijf waarin een warmtegemeenschap deelneemt met een meerderheidsbelang en daarnaast een of meer openbare lichamen met een minderheidsbelang, gelet op de doelstellingen van de Wcw, vanuit Europeesrechtelijk perspectief niet houdbaar is.

4.29 Het toestaan van deze combinatie zal de juridische houdbaarheid van de verplichting van het publieke meerderheidsbelang raken. In de Wcw geldt als uitgangspunt dat publieke zeggenschap vereist is om de beoogde doelstellingen te realiseren. De wetgever heeft voor warmtegemeenschappen een uitzondering op dit uitgangspunt gemaakt, mede gelet op de karakteristieken van de warmtegemeenschap. Een warmtegemeenschap kan echter niet worden gelijkgesteld met een openbaar lichaam.

4.30 Indien in de Wcw de mogelijkheid wordt opgenomen om een warmtebedrijf aan te wijzen waarin een warmtegemeenschap deelneemt met een meerderheidsbelang en daarnaast een of meer openbare lichamen met een minderheidsbelang, zou dus wederom worden afgeweken van de verplichting van een van publiek meerderheidsbelang. In dat geval bestaat er een grote kans dat een rechter het publieke meerderheidsbelang als inconsistent zal aanmerken en derhalve als ongeschikt om de beoogde doelen te behalen. Dit geldt temeer nu wij op voorhand geen argumenten zijn waarom het, met het oog op de doelstellingen van de Wcw, noodzakelijk is een extra uitzondering te creëren, zeker nu openbare lichamen al kunnen deelnemen aan een warmtegemeenschap. De zienswijze van Energie Samen biedt daarvoor geen aanknopingspunten.

4.31 Daarnaast zien wij, mede in het licht van de zienswijze van Energie Samen, geen rechtvaardiging om een minderheidsbelang voor te behouden aan een publieke partij en private partijen (zonder enige publieke zeggenschap) uit te sluiten als

minderheidsaandeelhouder. Het uitsluiten van private partijen is onzes inziens onder die omstandigheid juridisch niet houdbaar.

5 Vraag III: Is het Europeesrechtelijk mogelijk een warmtebedrijf met een meerderheidsbelang van een warmtegemeenschap en een publiek of privaat minderheidsbelang aan te wijzen op grond van artikel 2.5 Wcw, gelet op de doelstellingen van de Wcw?

5.1 Uw derde vraag bouwt voort op vragen I en II. Daarbij wordt het minderheidsbelang niet langer voorbehouden aan een publieke partij, maar wordt ook een private partij als minderheidsdeelnemer toegestaan.

5.2 In dit geval worden private partijen dus niet uitgesloten van deelname. Private partijen en publieke partijen worden gelijk behandeld. Er wordt dus geen onderscheid gemaakt die rechtvaardiging behoeft. De overige bezwaren die wij hebben uiteengezet in hoofdstuk 4 gelden evenwel onverkort. Ook deze constructie zou een extra uitzondering vormen op het uitgangspunt dat publieke zeggenschap vereist is, terwijl daartoe geen (Europese) verplichting bestaat en wij ook geen argumenten zien waarom het in het licht van de doelstellingen van de Wcw noodzakelijk is een dergelijke uitzondering te creëren. Kortheidshalve verwijzen wij naar hoofdstuk 4 voor de beantwoording van deze vraag.

5.3 Daarbij is nog van belang dat met deze constructie (anders dan de constructie waarop hoofdstuk 4 betrekking heeft) een warmtebedrijf kan worden aangewezen dat volledig in private handen is; een warmtegemeenschap kan immers volledig in private handen zijn. Hiervoor kwam al aan de orde dat in de ogen van de wetgever warmtegemeenschappen niet op gelijke wijze de publieke belangen kunnen verzekeren als openbare lichamen. Dat geldt in deze constructie, waarin een warmtebedrijf dan volledig in private handen zou zijn, in versterkte mate.

5.4 Een dergelijke constructie staat aldus haaks op het uitgangspunt dat een publiek meerderheidsbelang vereist is om de publieke belangen verzekeren. Het creëren van een uitzondering voor deze variant is onzes inziens dan ook niet te rechtvaardigen in het licht van de doelstellingen van de Wcw. Er bestaat en groot risico dat een rechter zal oordelen dat de verplichting van een publiek meerderheidsbelang vanwege inconsistentie niet geschikt is om de met de Wcw beoogde doelstellingen te behalen.

5.5 Tot slot komen we in dit verband nog terug op uw vraag of hier een gelijkwaardige behandeling aan de orde is ten opzichte van andere partijen. Dat is hier volgens ons zeker zo. Ook voor andere private partijen geldt immers de verplichting van een publiek meerderheidsbelang. In zoverre valt niet in te zien dat warmtegemeenschappen ongelijkwaardig worden behandeld. Binnen het stelsel van de

Wcw is juist een uitzondering op die verplichting gecreëerd voor warmtegemeenschappen.

6 Tot slot

6.1 Tot zover ons advies. Voor een samenvatting verwijzen wij graag naar hoofdstuk 2.

***