

29 oktober 2009

De Minister van Economische Zaken,
mevrouw M.J.A. van der Hoeven
Postbus 20101
2500 EC 'S-GRAVENH AGE

Ons nummer: W10.09.0350/III

Betreft: Uw brief van 7 september 2009

Bij Uw bovenvermelde brief hebt U een verzoek gedaan overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State.

Thans heeft afdeling III de beraadslagingen afgesloten en haar reactie op Uw verzoek vastgesteld. Mede namens de voorzitter van de afdeling doe ik U hierbij deze reactie toekomen.

Tegen de openbaarmaking daarvan bestaat bij de Raad geen bezwaar.

Bijlage bij de brief van de Vice-President van de Raad van State van
29 oktober 2009

Voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State inzake terugwerkende kracht Warmtewet

Bij brief van 7 september 2009, kenmerk WJZ/ 9149265, heeft de Minister van Economische Zaken op de voet van artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State aan de afdeling III van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen ter zake van de terugwerkende kracht van artikel 45, tweede lid, van de Warmtewet.

Op 10 februari 2009 heeft de Eerste Kamer der Staten-Generaal het voorstel van wet van de leden Ten Hoopen en Samsom tot het stellen van regels omtrent de levering van warmte aan verbruikers (Warmtewet) aanvaard.¹ Thans verzoekt de Minister van Economische Zaken op de voet van artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State afdeling III om voorlichting over artikel 45, tweede lid, van de Warmtewet. Zij merkt op dat 'momenteel [...] de uitvoering van de wet [wordt] voorbereid waarbij tevens onder ogen moet worden gezien hoe de terugwerkende kracht rechtens op juiste wijze kan worden geoperationaliseerd. Voorlichting over de precieze werking van artikel 45, tweede lid, is daarbij wenselijk nu dit van belang kan zijn in het licht van de rechtszekerheid van warmteleveranciers.'

Een delegatie van afdeling III heeft op 12 oktober 2009 op de voet van artikel 22 van de Wet op de Raad van State met de minister over het verzoek om voorlichting beraadslaagd.

Voorafgaand aan de inhoudelijke opmerkingen merkt de afdeling het volgende op. Het wetsvoorstel is door de beide kamers der Staten-Generaal aanvaard, maar nog niet door de regering bekrachtigd. Uit opmerkingen van de Minister van Economische Zaken tijdens de parlementaire behandeling leidt de afdeling af dat de regering wel het voornemen heeft over te gaan tot bekrachtiging.² De minister heeft dat in de beraadslaging met de delegatie van de afdeling bevestigd. Gelet daarop zal de afdeling de inhoud van het voorstel, ook op het punt van de terugwerkende kracht, als gegeven beschouwen, en de voorlichting uitsluitend richten op de gestelde vraag over de rechtens juiste wijze van operationalisering van deze terugwerkende kracht.

De afdeling meent dat in verband met deze operationalisering de volgende twee onderwerpen behandeling verdienen: de taak van de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa; zie hierna, par. 2.1.) en de restitutie door de warmteleverancier³ van een eventueel te veel betaalde prijs aan de verbruiker, gezien in samenhang met het vraagstuk van eventuele compensatie van die restitutie aan de warmteleverancier (zie hierna, par. 2.2.). Voorafgaand aan deze beide onderwerpen zal kort worden ingegaan op de Warmtewet (par. 1).

¹ Kamerstukken I 2008/09, 29 048.

² In het bijzonder Kamerstukken I 2008/09, 29 048, D.

³ Artikel 10 van de Warmtewet maakt onderscheid tussen de vergunninghouder (als bedoeld in artikel 7) en de producent. De afdeling zal in deze voorlichting beide samengenomen ook aanduiden als: warmteleverancier.

1. De Warmtewet

a. Prijsregulering

Het voorstel voorziet in prijsregulering bij de levering van warmte aan verbruikers. Ingevolge artikel 5, eerste lid, moet de door de warmteleverancier in rekening te brengen prijs redelijk zijn. Deze redelijke prijs is gebaseerd op de aan de levering van warmte redelijkerwijs toe te rekenen kosten. Uitgangspunt van de wet is het *niet-meer-dan-anders* principe. Dit houdt in dat de in rekening te brengen prijs in ieder geval niet hoger mag zijn dan de prijs die door verbruiker zou zijn betaald indien hij de beschikking had gehad over een aansluiting op het gasnet: de maximumprijs als bedoeld in artikel 4, eerste lid. Artikel 4, derde lid, bepaalt dat na de vaststelling van een maximumprijs de prijzen voor levering van warmte die hoger zijn dan de maximumprijs van rechtswege worden gesteld op die maximumprijs.

Het aldus geregelde *niet-meer-dan-anders* principe kan voor de warmteleverancier resulteren in een in rekening te brengen prijs die ligt beneden de redelijke prijs als hiervoor bedoeld. Voor de opvang van de gevolgen daarvan kent de wet twee voorzieningen: zogenoemde *pooling* door de warmteleverancier zelf (kruissubsidiëring tussen verlieslatende en winstgevende projecten) en een financiële bijdrage vanwege de overheid. Beoogd is aldus een balans te bewerkstelligen tussen het belang van de verbruikers bij een betrouwbare levering tegen een redelijke prijs en het belang van de warmteleveranciers bij een gezonde bedrijfsvoering, met redelijke rendementen.

b. Invoerings- en overgangsrecht

Bij de indiening van het wetsvoorstel, op 15 september 2003, werd beoogd de Warmtewet gelijktijdig met de liberalisering van de energiemarkt, op 1 juli 2004, in werking te laten treden. Toen bleek dat de wetgevingsprocedure niet tijdig zou zijn afgerond, is bij de tweede nota van wijziging bepaald dat twee onderdelen van het voorstel, de artikelen 4 (over de maximumprijs) en 5, eerste lid (over de redelijke prijs), zouden terugwerken tot 1 juli 2004.⁴ Om een goede balans te vinden tussen de gerechtvaardigde belangen van verbruikers en de financiële en administratieve gevolgen voor energieleveranciers, alsook rekening houdend met staatsrechtelijke bezwaren die werden geuit tegen een te lange termijn van terugwerkende kracht⁵, is bij de zesde nota van wijziging in artikel 45, tweede lid, neergelegd dat de bepalingen omtrent de redelijke prijs en de maximumprijs terugwerken tot 1 januari 2007.⁶

⁴ Kamerstukken II 2004/05, 29 048, nr. 10.

⁵ Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 29 048, nr. 40.

⁶ Kamerstukken II 2007/08 29 048, nr. 22.

2. Operationalisering

2.1. De taak van de NMa; prijsstelling

Ingevolge artikel 4, eerste lid, van de wet is het de taak en de bevoegdheid van de NMa om vast te stellen wat de maximumprijs is die aan de verbruiker in rekening mag worden gebracht voor de levering van warmte. De maximumprijs dient te worden vastgesteld met inachtneming van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen regels met betrekking tot de elementen en wijze van berekening.

Ingevolge artikel 5, eerste lid, dient de NMa beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de elementen en wijze van berekening van de redelijke prijs voor de levering van warmte door de vergunninghoudende leverancier.

Artikel 45, tweede lid, bepaalt dat artikel 4 en artikel 5, eerste lid, terugwerken tot en met 1 januari 2007. Gelet op het *niet-meer-dan-anders* principe dat uitgangspunt is van de wet, brengt artikel 45, tweede lid, naar het oordeel van de afdeling met zich dat de NMa de maximumprijs en de redelijke prijs voor het eerst moet vaststellen op basis van de gegevens en omstandigheden (waaronder de gasprijs) zoals die golden op 1 januari 2007. Immers, het vaststellen van deze twee prijzen naar de situatie op een later tijdstip, om deze vervolgens terugwerkend toe te passen met ingang van 1 januari 2007, zou geen recht doen aan het uitgangspunt van de wet. Vervolgens zal de NMa eventuele aanpassingen van de beide prijzen moeten vaststellen voor de jaren tussen 1 januari 2007 en de inwerkingtreding van de wet.

2.2. Restitutie; gevolgen

Hierna wordt ingegaan op de gevolgen van de prijsstelling voor de positie van de verbruikers respectievelijk de warmteleverancier.

2.2.1. Positie verbruikers

Rekening moet worden gehouden met de situatie dat de maximumprijs of de redelijke prijs als vastgesteld volgens de onder 2.1. beschreven aanpak ligt onder de prijzen voor de levering van warmte die in de periode tussen 1 januari 2007 en de datum van inwerkingtreding van de wet al aan de verbruikers in rekening zijn gebracht. Indien deze situatie zich zou voordoen, vloeit naar het oordeel van de afdeling uit artikel 4, derde lid, bezien in samenhang met het *niet-meer-dan-anders* principe van de wet, voort dat aan verbruikers restitutie zal moeten plaatsvinden van het verschil tussen de vastgestelde redelijke prijs of de maximumprijs enerzijds en de in rekening gebrachte prijs anderzijds. Verbruikers hebben immers in dat geval, achteraf bezien, een nadeel geleden, dat niet voor hun rekening mag blijven. Hierna, onder 2.2.2., zal de afdeling drie gevallen onderscheiden waarin dergelijke restitutie aan verbruikers mag worden verwacht.

2.2.2. Positie warmteleverancier

Artikel 5, eerste lid, bepaalt dat de vergunninghouder de plicht heeft warmte te leveren tegen - onder meer - een redelijke prijs. Deze redelijke prijs is gebaseerd op

de aan de levering van warmte redelijkerwijs toe te rekenen kosten. De NMa dient beleidsregels vast te stellen voor het bepalen van de redelijke prijs. De afdeling onderscheidt in de redelijke prijs twee componenten: de daadwerkelijke kosten voor de levering van warmte (hierna: kostprijs) en een redelijk te achten marge boven de kostprijs.

In verband met het bedrijfsresultaat van de warmteleverancier meent de afdeling dat de situatie waarin de aan de verbruiker in rekening gebrachte prijs hoger is dan de – terugwerkend – vastgestelde redelijke prijs of maximumprijs nader moet worden onderscheiden in de volgende drie gevallen:

a. De redelijke prijs ligt niet alleen onder de maximumprijs, maar is ook lager dan de in rekening gebrachte prijs.

In dit geval mag restitutie aan verbruikers worden verwacht van het verschil tussen de aan hen in rekening gebrachte prijs en de redelijke prijs. Deze restitutie betekent voor de warmteleverancier dat zijn marge tussen de kostprijs en de in rekening gebrachte prijs wordt verkleind, namelijk tot het niveau dat hoort bij de prijs die redelijk moet worden geacht gelet op de beleidsregels van de NMa. Er blijft nog wel een positief bedrijfsresultaat voor de betreffende levering van warmte, maar met een lagere winstmarge.

b. De maximumprijs ligt onder de redelijke prijs en boven de kostprijs van de betreffende warmteleverancier.

In dit geval mag restitutie aan verbruikers worden verwacht van het verschil tussen de aan hen in rekening gebrachte prijs en de maximumprijs. Deze restitutie betekent voor de warmteleverancier eveneens dat zijn marge tussen de kostprijs en de in rekening gebrachte prijs wordt verkleind, namelijk tot het verschil tussen de kostprijs en de maximumprijs. Er blijft nog wel een positief bedrijfsresultaat voor de betreffende levering van warmte, maar de winstmarge komt alsnog te liggen beneden het niveau dat hoort bij de door de NMa als redelijk bepaalde prijs.

c. De maximumprijs ligt onder de kostprijs van de betreffende warmteleverancier.

In dit geval mag restitutie aan verbruikers worden verwacht van het verschil tussen de aan hen in rekening gebrachte prijs en de maximumprijs. Deze restitutie dwingt de warmteleverancier achteraf een prijs in rekening te brengen die ligt beneden zijn kostprijs. Aldus ontstaat alsnog een negatief bedrijfsresultaat voor de betreffende levering van warmte.

2.2.3. Gevolgen

De vraag is nu welke gevolgen eventuele restitutie aan de verbruiker zal moeten hebben voor de warmteleverancier die, achteraf gezien, een te hoge prijs in rekening heeft gebracht.

Ad 2.2.2.a en 2.2.2.b:

De afdeling is van oordeel dat als uitgangspunt voor de hiervoor in 2.2.2. onder a. en b. bedoelde gevallen zal kunnen gelden dat het nadeel dat de betreffende warmteleverancier lijdt doordat zijn bedrijfsresultaat over de levering van warmte in het betreffende jaar alsnog wordt verkleind voor zijn rekening blijft. Immers, in

beide gevallen is nog steeds sprake van een positief bedrijfsresultaat (zij het met een onderscheid in de omvang van de winstmarge), ook al komt dit alsnog op een lager niveau te liggen. Uitzondering op dit uitgangspunt zou kunnen zijn de situatie waarin dit uitgangspunt ertoe zou leiden dat de betreffende warmteleverancier, gezien over de gehele periode tussen 1 januari 2007 en de datum van inwerkingtreding van de wet, zou worden geconfronteerd met een acute en ernstige bedreiging van de continuïteit van zijn onderneming. Op die situatie zou het regime kunnen worden toegepast dat de afdeling hierna zal bespreken ten aanzien van de onder 2.2.2.c. bedoelde situatie.

Ad 2.2.2.c.:

In het onder 2.2.2.c. bedoelde geval wordt de betrokken warmteleverancier alsnog geconfronteerd met een negatief bedrijfsresultaat voor de levering van warmte in het betreffende jaar. Het achteraf volgen van de weg van *pooling* (kruissubsidiëring) lijkt voor dat geval in redelijkheid als oplossing niet te kunnen worden geveerd. Immers, de warmteleverancier kan de prijs van winstgevendende activiteiten niet met terugwerkende kracht verhogen teneinde daarmee het verlies te subsidiëren dat hij alsnog lijdt over de levering van warmte.

Naar het oordeel van de afdeling is het echter evenmin redelijk te achten om het in dit geval te laten bij deze conclusie, en aldus het nadeel van het negatieve bedrijfsresultaat geheel voor rekening te laten van de betrokken warmteleverancier.

In dit licht is van belang dat het negatieve resultaat voortvloeit uit het stelsel van prijsregulering waartoe de wetgever met de aanvaarding van de Warmtewet heeft besloten. De afdeling zal hierna de blik richten op de overheid, als de derde partij in de driehoek met de verbruiker en de warmteleverancier zoals deze voortvloeit uit de Warmtewet, en nagaan of er voor het onder 2.2.2.c. bedoelde geval redenen zijn om compensatie vanwege de overheid passend te achten, en zo ja, wanneer.

2.3. Compensatie

a. Het criterium van de buitensporige last

In een geval als bedoeld onder 2.2.2.c. waarbij de betrokken warmteleverancier achteraf met een negatief bedrijfsresultaat wordt geconfronteerd, zou de plicht tot restitutie zonder dat het desbetreffende financiële nadeel wordt gecompenseerd, onder bepaalde omstandigheden kunnen betekenen dat sprake is een buitensporige last. Gelet op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over artikel 1, Eerste Protocol, van het EVRM⁷ kan in een individueel geval sprake zijn van een dergelijke buitensporige last indien niet een behoorlijk evenwicht bestaat tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van - in dit geval - de betrokken warmteleverancier die door de

⁷ Artikel 1 van het EVRM luidt: "Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren." De verplichting tot restitutie aan verbruikers kan worden gekwalificeerd als regulering van eigendom.

plicht tot restitutie wordt geconfronteerd met een inbreuk op het ongestoord genot van zijn eigendom.⁸

De afdeling is van oordeel dat het in de rede ligt dat de minister voor zo'n specifiek geval, zo het zich zou voordoen, de mogelijkheid nagaat om, analoog aan artikel 26 van de Warmtewet⁹, compensatie te bieden voor het nadeel dat, achteraf, voor de betrokken warmteleverancier voortvloeit uit wat kan worden aangemerkt als een vorm van openbare dienstverrichting.¹⁰ Daarbij geldt dat het dan vermoedelijk zal gaan om een incidenteel geval, en om een voorziening voor een in de tijd duidelijk begrensde periode, die niet langer kan zijn dan het tijdvak tussen 1 januari 2007 en de datum van inwerkingtreding van de Warmtewet.

De minister zou in beleidsregels een aantal criteria kunnen neerleggen op basis waarvan kan worden vastgesteld onder welke omstandigheden moet worden geconcludeerd tot een buitensporige last. Daarbij zou een bijzonder gewicht kunnen worden toegekend aan de gevolgen van de restitutie binnen de bedrijfsvoering als geheel van de betrokken warmteleverancier, mede gelet op de daarin behaalde resultaten over de verschillende jaren. Aldus zouden die beleidsregels ertoe kunnen leiden dat niet alle gevallen als bedoeld onder 2.2.2.c. op voorhand in aanmerking komen voor compensatie, maar dat het criterium van buitensporige last in deze wordt gehanteerd voor het maken van onderscheid.

b. Staatssteun?

Indien bij de eventuele compensatie rekening wordt gehouden met de regels die in Europees verband gelden voor de verlening van steun aan individuele bedrijven, meent de afdeling dat een dergelijke compensatie past binnen het Europeesrechtelijke staatssteunkader.

De afdeling wijst er in dit verband in de eerste plaats op dat uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie lijkt te kunnen worden afgeleid dat compensatie aan individuele bedrijven voor door overheidsingrijpen geleden schade geen staatssteun vormt, mits er geen sprake is van financiering die de daadwerkelijk geleden schade te boven gaat (geen overcompensatie).¹¹ Daarbij dient de vergoeding van de schade een direct gevolg te zijn van het ingrijpen van de overheid en moet zij in beginsel berusten op een algemene schadevergoedingsregeling die haar oorsprong vindt in het recht.¹²

Indien niet aan de bovenstaande voorwaarden voor compensatie van schade wordt voldaan, komt artikel 87 EG alsnog in het vizier. Indien sprake is van steun die de

⁸ Zie in dat verband het arrest van het EHRM van 23 september 1982 (Sporrong en Lönnroth tegen Zweden).

⁹ Bijvoorbeeld met toepassing van artikel 4:23, derde lid, onderdeel d, Awb.

¹⁰ De afdeling meent dat de kenmerken van dergelijke compensatie, in samenhang bezien, moeten leiden tot het oordeel dat deze compensatie niet is aan te merken als een vorm van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad.

¹¹ Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 16 juni 2004 Steun ten behoeve van Akzo Nobel ter beperking van het transport van chloor (PbEG C 81).

¹² Zie ook de ICER Handreiking nadeelcompensatie en staatssteun (oktober 2007), beschikbaar op de website van het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

de-minimis drempel overstijgt¹³ zal deze bij de Europese Commissie moeten worden gemeld. De afdeling meent, mede gelet op de communautaire richtsnoeren inzake staatsteun voor milieubescherming¹⁴, dat ook in dat geval verenigbaarheid met de staatssteunregels niet tot problemen hoeft te leiden.

De afdeling heeft tegen openbaarmaking van deze voorlichting geen bezwaar.

¹³ Waarbij wellicht niet kan worden volstaan met de berekening van de steun aan individuele projecten maar op concernniveau moet worden gekeken. Zie ook de beschikking van de Commissie van 20 juli 1999 betreffende staatsteun van Nederland ten behoeve van 633 Nederlandse tankstations in de grensstreek met Duitsland (PbEG L 280).

¹⁴ PbEU 2008 C82.