

## De aanwijzingsprocedure onder de Wet collectieve warmte: een vreemde eend in de bijt?

<b>Publicatie:</b> Tender Nieuwsbrief
<b>Aflevering:</b> 2023/7
<b>Vindplaats:</b> 2023/40
<b>Publicatiedatum:</b> 03 november 2023
<b>Auteurs:</b> mr. M. de Wit; mr. K. Meijering

*De warmtemarkt gaat op 1 januari 2025 behoorlijk op de schop: dan zou de Wet collectieve warmte (Wcw) namelijk in werking moeten treden. Van deze wet, die de Warmtewet moet gaan vervangen, is al in 2020 een eerste versie geconsulteerd en in juni 2023 is een nieuwe (UHT-)versie naar de ACM gestuurd.<sup>1</sup>*

Bij inwerkingtreding gaat de Wcw op een aantal pijlers steunen. Een aantal belangrijke pijlers zijn de integrale verantwoordelijkheid van warmtebedrijven voor de levering en transport van warmte, bescherming van afnemers<sup>2</sup>, duurzaamheid en betaalbaarheid (tariefregulering). De pijler van de Wcw van belang voor deze bijdrage is echter de regierol die gemeenten in de warmtetransitie gaan innemen. Onder de Wcw is het namelijk grotendeels aan gemeenten wie c.q. welke warmtebedrijven binnen hun grenzen warmte mogen leveren en transporteren. Daarbij gaat ook de Omgevingswet, die met de Wet gemeentelijke instrumenten warmtetransitie<sup>3</sup> nog wordt gewijzigd, een belangrijke rol spelen. Daarin wordt een aantal gemeentelijke 'regiebevoegdheden' verankerd.

Op die wetten gaan we hier echter niet in; in deze bijdrage staat de Wcw centraal.<sup>4</sup> En (iets) concreter: de regierol die gemeenten gaan innemen. Van belang daarbij is dat deze rol 'scharniert' op een verbod; in de Wcw is namelijk gekozen voor een systematiek waarbij het leveren en transporteren van warmte zonder aanwijzing van het college van burgemeester en wethouders (het college) verboden is. Het college kan ten aanzien van dit verbod meerdere 'soorten' aanwijzingen<sup>5</sup> verlenen, maar in deze bijdrage beperken we ons tot de procedures die doorlopen moeten worden om warmtebedrijven aan te wijzen voor warmtekavels met meer dan 1500 aansluitingen<sup>6</sup>. Met deze aanwijzing verleent het college warmtebedrijven een exclusief recht (en de plicht!) om binnen dat kavel een collectieve warmtevoorziening aan te leggen en te exploiteren.

De (aanwijzings)procedures die doorlopen moeten worden om tot deze aanwijzing te komen, schuren aan tegen het aanbestedingsrecht. Hier geldt – volgens de wetgever – echter: het zwemt, loopt en kwaakt dan wel als een eend, toch is het dat niet. De aanwijzingsprocedures worden namelijk ingebed in het bestuursrecht en de aanbestedingsregels missen toepassing, aldus diezelfde wetgever. Wel geldt – aldus het wetsvoorstel – dat de procedure ‘transparant en non-discriminatoire’ moet zijn. De aanwijzing geldt daarbij (blijkens de toelichting) als een ‘exclusief’ recht.

### **Regie en aanwijzingsprocedures**

Onder de Wcw is het transport en de levering van warmte zonder aanwijzing van het college dus verboden. Om tot aanwijzing te komen van een warmtebedrijf voor een warmtekavel met meer dan 1500 aansluitingen, moet een college eerst een voorgenomen warmtekavel vaststellen en dan de aanwijzingsprocedures doorlopen.

Kern van de aanwijzingsprocedures is dat na het doorlopen daarvan een appellabel besluit wordt genomen waarin een warmtebedrijf wordt aangewezen om in een warmtekavel een collectieve warmtevoorziening te realiseren en exploiteren – en van dat laatste maakt onderdeel dat het warmtebedrijf het (exclusieve) recht krijgt om warmte te leveren aan afnemers binnen dat kavel. Omdat de aanwijzing een wettelijke basis heeft (de Wcw), gaan voor het aangewezen warmtebedrijf ook wettelijke verplichtingen gelden: het warmtebedrijf moet de collectieve warmtevoorziening aanleggen en exploiteren en daarbij de wettelijke vereisten in acht nemen. Deze vereisten zien onder meer op leveringszekerheid, duurzaamheid en betaalbaarheid (tariefregulering). Dit is direct een van de redenen waarom de wetgever voor de figuur van de aanwijzing boven de aanbesteding van een concessie heeft gekozen:

‘Een aanwijzing creëert de beste sturingsmogelijkheden voor gemeenten omdat met een aanwijzing een verticale relatie tussen gemeente en warmtebedrijf ontstaat in plaats van een horizontale zoals bij het verlenen van een concessie na een aanbesteding.’

Met de reden voor de keuze voor een aanwijzing is nog niet duidelijk waarom wij spreken over procedures (meervoud) om tot aanwijzing te komen. De reden daarvoor is dat de Wcw bij aanwijzing van een warmtebedrijf voor een warmtekavel met meer dan 1500 aansluitingen in de eerste zeven (7) jaar na inwerkingtreding van de Wcw (de ‘ingroeiperiode’) een ‘tweetrapsraket’ voorschrijft. Deze raket ziet er als volgt uit:

o

Trap 1. Het college moet een procedure doorlopen (deze bespreken wij hierna onder de noemer 'primaire aanwijzingsprocedure') om te bezien of er een van de volgende twee 'soorten' warmtebedrijven kan worden aangewezen:

- a. een warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang ('PMB'), ofwel:
  1. 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 (samen: 'Overheidspartij'), of
  2. een warmtebedrijf dat een warmte joint-venture is van een warmtenetbedrijf en een warmteleveringsbedrijf waarbij de aandelen van het warmtenetbedrijf voor minimaal 50% van de aandelen plus 1 aandeel direct of indirect berusten bij een Overheidspartij, en het warmtenetbedrijf meer dan 50% van de zeggenschap of minimaal 50% van de aandelen plus 1 aandeel in de warmte joint-venture heeft;
- b. een warmtegemeenschap ('WG'), ofwel: een juridische entiteit die:
  - o ten behoeve van haar leden, vennoten of aandeelhouders actief is als warmtebedrijf;
  - o 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;
  - o niet is gericht op het maken van winst, en
  - o gebruik maakt van duurzame warmtebronnen als belangrijkste warmtebron.<sup>7</sup>

Aan de primaire procedure mogen dus alleen PMB's en WG's meedoen. Andere soorten warmtebedrijven mogen niet meedoen.

Trap 2. Is het niet gelukt om met de primaire procedure een PMB of WG aan te

wijzen (hieronder bespreken we wanneer gezegd kan worden dat het niet is 'gelukt'), dan kan het college ervoor kiezen (dit *hoeft* overigens niet) om de 'subsidiare aanwijzingsprocedure' te doorlopen. Aan deze (subsidiare) aanwijzingsprocedure mogen 'andere' warmtebedrijven meedoen. En daar wordt dan weer mee bedoeld: alle (soorten) warmtebedrijven *behalve PMB's en WG's* ('Andere Warmtebedrijven').

Samengevat: tijdens de ingroeiperiode gelden twee soorten aanwijzingsprocedures. Daarbij moet eerst de primaire aanwijzingsprocedure doorlopen worden voordat het college ervoor kan kiezen de subsidiare aanwijzingsprocedure te doorlopen. Van belang daarbij is verder dat aan de primaire aanwijzingsprocedure alleen PMB's en WG's mogen meedoen, terwijl aan de subsidiare aanwijzingsprocedure weer alleen Andere Warmtebedrijven mee mogen doen. Met deze essentialia in het achterhoofd bespreken we hieronder de primaire en subsidiare aanwijzingsprocedures.

### **De primaire aanwijzingsprocedure – PMB of WG**

Als het college een voorgenomen warmtekavel (voor meer dan 1500 aansluitingen) heeft vastgesteld, en daar een warmtebedrijf voor wil aanwijzen, moet hij dus eerst – via de primaire aanwijzingsprocedure – kijken of er een PMB of WG aangewezen kan worden.

De primaire aanwijzingsprocedure start met een mededeling van het college in de *Staatscourant* en 'op andere geschikte wijze'. In deze mededeling moet het college vermelden dat PMB's en WG's binnen een bepaalde termijn kenbaar moeten maken dat ze een het voornemen hebben om een aanvraag in te dienen. Ook moet het college een einddatum opnemen waarvóór de daadwerkelijke aanvraag moet worden ingediend.

Voor die (daadwerkelijke) aanvraag die PMB's en WG's mogen indienen geldt op grond van de Wcw een aantal eisen. In de eerste plaats moet een aanvraag vergezeld gaan van een besluit van de ACM waaruit blijkt dat de betreffende PMB of WG voldoende:

- beschikt over de organisatorische en technische bekwaamheid die noodzakelijk is voor het uitvoeren van de taken van een aangewezen warmtebedrijf voor de betreffende kavel, en
- financieel in staat is die taken uit te voeren.

De PMB of WG die een aanvraag in wil dienen bij het college om aangewezen te worden als warmtebedrijf, zal dus eerst een aanvraag bij de ACM moeten doen om een besluit te verkrijgen waaruit – kortgezegd – blijkt dat zij in staat is de taken uit te voeren die een aanwijzing met zich brengt ('ACM-Besluit'). Als dat ACM-Besluit binnen is, is de PMB of WG er echter nog niet; aan de aanvraag moet namelijk ook nog een globaal kavelplan worden gehecht. Hierin moet de PMB of WG indicatief beschrijven hoe het een collectieve warmtevoorziening in het voorgenomen warmtekavel verwacht aan te leggen, te exploiteren en te verduurzamen.

Als één PMB of WG dan uiteindelijk een aanvraag indient die voldoet aan de hierboven genoemde eisen (aanvraag gaat vergezeld van een ACM-Besluit en van een globaal kavelplan), dan móét het college de aanvraag toewijzen, *tenzij* sprake is van een van de limitatief opgesomde dwingende afwijzingsgronden. Ten eerste moet het college afwijzen als het aannemelijk is dat het globaal kavelplan niet uitvoerbaar is voor de aan te wijzen PMB of WG, of voor de uiteindelijke afnemers die worden aangesloten. In de tweede plaats moet het college de aanvraag afwijzen als de collectieve warmtevoorziening structureel afhankelijk zal zijn van een andere collectieve warmtevoorziening. Het gaat hier dus om een gebonden beslissingsbevoegdheid van het college.

Wat te doen indien er *meer* dan één aanvraag is ingediend die voldoet aan de hierboven genoemde eisen? In dat geval heeft de wetgever gekozen voor een eerst-komt-eerst-maalt-systematiek; de eerste PMB of WG die een aanvraag indient die aan alle eisen voldoet, krijgt de aanwijzing voor de warmtekavel. Hiervoor is gekozen omdat de wetgever het niet aannemelijk acht dat twee of meer PMB's of WG's met elkaar in concurrentie treden om dezelfde aanwijzing. Of die aanname juist is, zal de praktijk moeten uitwijzen.

Indien de primaire procedure niet 'slaagt', treedt een andere procedure in werking. Van niet 'slagen' is sprake indien geen enkele PMB of WG een voornemen kenbaar maakt, of wel een voornemen kenbaar maakt maar vervolgens geen aanvraag indient, of (ten slotte) wel een aanvraag indient, maar dat deze wordt afgewezen. In deze situaties (dat het niet lukt) heeft het college drie opties, namelijk: het college (1) laat het erbij, (2) start opnieuw de primaire aanwijzingsprocedure (waar wederom alleen PMB's en WG's aan mee mogen doen) of (3) start de subsidiaire aanwijzingsprocedure. En die laatste bespreken we hierna.

**De subsidiaire aanwijzingsprocedure – Andere Warmtebedrijven (geen PMB's of WG's)**

Tijdens de ingroeiperiode kan het college dus (ook) Andere Warmtebedrijven aanwijzen. Maar, zoals hiervoor al uitgelegd; dat kan alleen als het niet is gelukt om – via de primaire aanwijzingsprocedure – een PMB of WG aan te wijzen.

De subsidiaire aanwijzingsprocedure start op dezelfde manier als de primaire aanwijzingsprocedure: het college moet een mededeling van deze procedure doen in de *Staatscourant* en ‘op andere geschikte wijze’. Anders dan bij de primaire aanwijzingsprocedure, kent de subsidiaire aanwijzingsprocedure niet eerst een ‘voornemen-ronde’. Bij de subsidiaire aanwijzingsprocedure wordt meteen doorgedaan naar ‘aanvraag’, waarvoor het college in de mededeling natuurlijk wel een termijn moet vermelden. Aan de in te dienen aanvraag worden vervolgens dezelfde eisen gesteld als bij de primaire aanwijzingsprocedure: de aanvraag van een Ander Warmtebedrijf moet vergezeld gaan van een ACM-Besluit en een globaal kavelplan. En dan het laatste punt, dat hetzelfde is als bij de primaire aanwijzingsprocedure: als één Ander Warmtebedrijf een aanvraag indient die voldoet aan de eisen (aanvraag gaat vergezeld van ACM-Besluit en een globaal kavelplan) dan móét het college deze aanvraag toewijzen, tenzij het aannemelijk is dat het globaal kavelplan niet uitvoerbaar is of als de collectieve warmtevoorziening structureel afhankelijk zal zijn van een andere collectieve warmtevoorziening. Hier gelden dus dezelfde (limitatieve) afwijzingsgronden en dezelfde gebonden beslissingsbevoegdheid van het college.

De subsidiaire aanwijzingsprocedure is op veel punten identiek aan de primaire aanwijzingsprocedure. Een essentieel verschil gaat echter spelen op het moment dat meer dan één Ander Warmtebedrijf een aanvraag indient die voldoet aan de hierboven genoemde eisen. In dat geval moet het college de aanvragen rangschikken. In de Wcw is voorgesteld dat een aanvraag hoger wordt gerangschikt als deze beter scoort op onderstaande, in de wet opgenomen elementen:

- a. de mate waarin aannemelijk is dat de regels over de gemiddelde uitstoot van broeikasgassen zullen worden bereikt (duurzaamheid);
- b. de mate waarin aannemelijk is dat een doelmatige en kosteneffectieve aanleg en exploitatie van de collectieve warmtevoorziening beter wordt geborgd. In dit kader is nog van belang om op te merken dat de verwachte prijs van de warmtelevering hierbij niet als rangschikkingscriterium is opgenomen. De prijs die een warmtebedrijf maximaal in rekening mag brengen wordt namelijk door ACM vastgesteld op basis van de in de Wcw opgenomen bepalingen rondom tariefregulering;

- c. de mate waarin aannemelijk is dat de leveringszekerheid beter wordt geborgd;
- d. de mate waarin aannemelijk is dat de toekomstige afnemers beter worden betrokken bij de aanleg, ontwikkeling en exploitatie van de collectieve warmtevoorziening (participatie);
- e. de mate waarin aannemelijk is dat de in het globaal kavelplan beschreven gevolgen voor toekomstige afnemers beter uitvoerbaar zijn;
- f. de mate waarin het aannemelijk is dat het warmtebedrijf in staat is om het bij de aanvraag gevoegde globaal kavelplan beter uit te voeren.

In de Wcw is voor de toekenning van het gewicht per rangschikkingscriterium ruimte gelaten voor colleges om maatwerk toe te passen. Zij mogen namelijk het gewicht van deze verschillende criteria afstemmen op lokale criteria. Om toch wat uniformiteit te behouden in de warmtetransitie, is bepaald dat colleges ieder criterium voor minimaal vijf procent moeten meewegen en voor maximaal vijftig procent mogen meewegen.

### **Concluderende beschouwingen**

Concluderend vormt de aanwijzingsprocedure voor de aanbestedingsfanaten onder ons zeker een 'vreemde eend in de bijt'. Ten aanzien van de primaire aanwijzingsprocedure kan worden afgevraagd of de daarin voorgestane verdeelmethode ('wie het eerst komt wie het eerst maalt'), zich in alle gevallen zal verhouden tot de vereisten die voortvloeien uit het EU-vrijverkeersrecht, inhoudende dat de gekozen procedure voor de verlening van een exclusief recht geschikt, noodzakelijk en proportioneel moet zijn.<sup>8</sup>

De 'aanwijzing' van een warmtebedrijf heeft bovendien alle trekken van het verstrekken van een overheidsopdracht, maar toch onttrekt procedure zich aan toepasselijkheid van de aanbestedingsregels, aldus de wetgever. Afgevraagd kan worden waar dit 'm dan in zit. Immers: de aanbestedingsregels vinden toepassing, ongeacht of de opdrachtgever-opdrachtnemer-relatie van privaat- dan wel bestuursrechtelijke aard is.

Bepalend is of een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel ontstaat, waarbij de 'overeenkomst' niet noodzakelijkerwijs uit een getekende

aannemingsovereenkomst hoeft te bestaan. Het indienen van een aanvraag, het verlenen van een aanwijzingsbesluit, en vervolgens het uitvoering geven daaraan zou zeer wel als een 'schriftelijke overeenkomst' kunnen worden aangemerkt. De tegenprestatie die de gemeente verleent, is de verstrekking van het exclusieve exploitatierecht, waardoor voorts ook aan het criterium van 'bezwarende titel' kan worden voldaan. De prestatie is voorts – zij het in bestuursrechtelijke zin – in rechte afdwingbaar<sup>9</sup>; zo staan de ACM (last onder) dwangsommen en bestuurlijke boetes ter beschikking. Het zwemt, loopt en kwaakt als een eend: zou het dan toch...?

Mr. M. (Maarten) de Wit

AKD N.V.

Mr. K. (Keesjan) Meijering

AKD N.V.

- 1) Hierop heeft de ACM haar UHT-toets uitgevoerd (kenmerk: ACM/UIT/597403).
- 2) Dit is een onzuivere term (in de Wcw wordt gesproken over – verschillende soorten – 'verbruikers'), maar we hebben hier voor eenvoud (en daarmee hopelijk begrijpelijkheid) gekozen.
- 3) Zie R.M.F. de Martines, K. Meijering en S.M. Schipper, 'De Wet gemeentelijke instrumenten warmtetransitie en de regierol van de gemeente', VGR 2022, afl. 2, p. 62-64.
- 4) Wij gaan daarbij uit van de UHT-versie van de Wcw die in de eerste alinea is genoemd.
- 5) Er kunnen ook ontheffingen worden verleend, maar die bespreken we hier niet.
- 6) Ook dit is een onzuivere term (hier spelen veel definities in de Wcw), maar ook hier hebben we gekozen voor eenvoud/begrijpelijkheid.
- 7) N.B. Een WG moet daarnaast in haar statuten, of, in geval van een personenvennootschap, in een overeenkomst, ten minste borgen dat: (a) de leden, vennoten of aandeelhouders uitsluitend natuurlijke personen, micro-ondernemingen, kleine ondernemingen, middelgrote ondernemingen of lokale openbare lichamen zijn; (b) de participatie in de warmtegemeenschap open en vrijwillig is; (c) de leden,

vennoten, of aandeelhouders het recht hebben de warmtegemeenschap te verlaten; en (d) 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, die in eigendom is van en ontwikkeld is door de warmtegemeenschap, zijn gevestigd.

8) Zie ter vergelijking: HvJ EU 29 september 2016, zaak C-492/14, r.o. 80, 81 e.v.

9) Met dien verstande dat de civiele nakomingsactie als remedie ontbreekt. Het is de vraag of dat enkele gegeven de afwezigheid van de kwalificatie van 'overheidsopdracht' (in casu: concessieopdracht) kan dragen.

---