

The background of the slide is a vibrant blue watercolor wash, with darker shades on the left and lighter, almost white, areas on the right. The texture is organic and fluid, resembling ink or paint on paper.

# Rolinvulling bij TEO-projecten door decentrale overheden

Juridische aspecten op hoofdlijnen

59692 – Openbaar

17 juli 2019

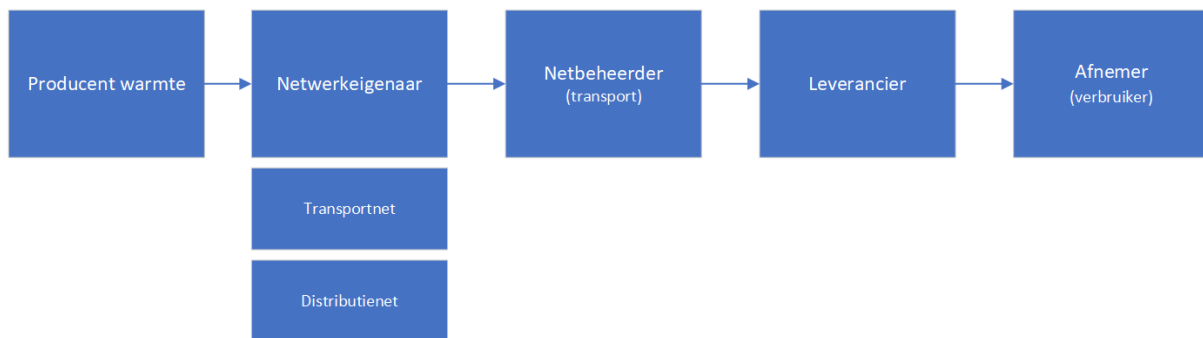
**Berenschot**

## Inhoudsopgave

Managementsamenvatting	3
1. Inleiding	4
2. Rolinvulling en juridische aspecten	5
2.1 Rollen in de warmteketen	5
2.1.1 Praktijkvoorbeelden	6
2.2 Rollen en diverse juridische aspecten	7
2.2.1 Warmtewet	7
2.2.2 Privaatrecht en publiekrecht bij vormgeven van samenwerking	8
2.2.3 Aanbestedingsrecht	8
2.2.4 Staatssteun	9
2.2.5 Mededinging	10
2.3 Overzicht	10

## Managementsamenvatting

In deze verkenning is beschreven welke juridische aspecten van toepassing kunnen zijn bij TEO-projecten als een decentrale overheid een bepaalde rol invult in de warmteketen. Decentrale overheden (gemeenten, provincies en waterschappen) kunnen diverse rollen invullen in de warmteketen, van producent tot afnemer van warmte. De diverse rollen in deze warmteketen kunnen ook door private partijen of een combinatie van publieke en private partijen worden ingevuld. Het betreft de volgende rollen:



Bij elke rol en in elke fase (van voorbereiding tot bijvoorbeeld realisatiefase) van een TEO-project en warmtenet kan een decentrale overheid te maken krijgen met diverse juridische aspecten. Het kan dan gaan om juridische aspecten met betrekking tot onder meer het aangaan van overeenkomsten, de aanbestedingswet (bijvoorbeeld opdracht voor realisatie van een warmtenet, concessieopdracht), staatssteun (in de vorm van subsidies, garanties, leningen), mededinging ('Wet markt en overheid') en het privaats- en publiekrecht bij samenwerking via overeenkomsten tussen publieke en private partijen.

In tabelvorm:

Rol	Warmteproducent	Netwerkeigenaar	Netbeheerder	Leverancier
<b>Juridische aspecten</b>				
<b>Warmtewet</b>	x			x
<b>Privaatrecht</b>	x	x	x	x
<b>Publiekrecht</b>	x	x	x	x
<b>Aanbesteding</b>	x	x	x	x
<b>Staatssteun</b>	x	x	x	x
<b>Markt &amp; overheid</b>	x	x	x	x

Disclaimer: Alhoewel dit document met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaarden Berenschot en redacteuren geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze publicatie. De publicatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als juridisch advies. De tekst is afgerond op 13 mei 2019 en latere wijzigingen in bijvoorbeeld de geraadpleegde documenten en wet- en regelgeving zijn niet meegenomen.

# 1. Inleiding

In deze verkenning zijn een aantal juridische aspecten op hoofdlijnen uitgewerkt met betrekking tot de rollen die decentrale overheden (gemeenten, provincies en waterschappen) kunnen innemen bij projecten op het gebied van Thermische Energie uit Oppervlaktewater (TEO) en warmtenetten. In het kader van de energietransitie is TEO een van de alternatieven voor een duurzame warmtevoorziening die kan bijdragen aan de CO<sub>2</sub>-reductie en de afhankelijkheid van aardgas.

Een uitwerking van de juridische hoofdlijnen is als uitgangspunt gekozen omdat decentrale overheden op diverse manieren een rol kunnen invullen en de keuze van de rolinvulling nader wordt bepaald door onder meer beleidskeuzes ('waarop wil men sturen'), ambities, doelmatigheidsoverwegingen en de eigenaarspositie van overheden (gronden, assets).

Naast hun 'klassieke' rol van bijvoorbeeld grondeigenaar, opsteller van regelgeving (bijvoorbeeld de Algemene verordening ondergrondse infrastructuur), beleid en de rol van 'bevoegd gezag' (bijvoorbeeld vergunningverlener en toezichthouder in het ruimtelijk domein), kunnen decentrale overheden ook één of meerdere rollen (combinaties) innemen in de gehele 'warmteketen'. Bijvoorbeeld een rol als producent van warmte of als eigenaar van een warmtenetwerk. Decentrale overheden kunnen ook financieel bijdragen aan een TEO-project of een warmtenet, bijvoorbeeld door subsidie te verstrekken of financieel te participeren in een warmtebedrijf.

Met betrekking tot diverse juridische aspecten voor waterschappen, de kansen en uitdagingen met mogelijke oplossingen en de rolinvulling bij de productie en levering van energie en warmte wordt verwezen naar de 'Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen waterschappen'<sup>2</sup>. In het Klimaatakkoord wordt overigens aangegeven dat de rol van waterschappen bij de productie van energie groter zal gaan worden: "Zo zal op korte termijn een wijziging van de Waterschapswet in gang worden gezet. Daarbij is uitgangspunt dat de waterschappen de bevoegdheid hebben om meer duurzame energie te produceren dan zij zelf verbruiken en dat zij de lasten en baten van deze investeringen kunnen toerekenen aan hun heffingen. Dit moet het mogelijk maken dat zij op termijn klimaatneutraal kunnen worden"<sup>3</sup>.

In deze publicatie wordt in principe geen aandacht besteed aan de (uitvoering van) publieke/wettelijke taken van decentrale overheden inzake bijvoorbeeld vergunningverlening omdat deze taken in de betreffende wet- en regelgeving is opgenomen. Het doel van deze publicatie is om voor decentrale overheden een overzicht te bieden welke rolinvulling mogelijk is in de warmteketen en welke juridische aspecten op hoofdlijnen daarbij kunnen gelden. Hierdoor kan een decentrale overheid bij TEO-projecten en warmtenetten vooraf al inzicht krijgen in relevante juridische aspecten.

---

<sup>2</sup> Berenschot, 31 augustus 2017; <https://www.uvw.nl/publicatie/juridische-handreiking-duurzame-energie-en-grondstoffen/>. In hoofdstuk 2 van deze handreiking wordt bijvoorbeeld ingegaan op de interpretatie van de begrippen functioneel bestuur, duurzaamheid en doelmatigheid. Zie ook Herman Havekes en Rafaël Lazaroms, Juridische belemmeringen energieopwekking en terugwinning van grondstoffen door waterschappen?, Water Governance 01/2017, p. 42-44 en de aldaar genoemde literatuur.

<sup>3</sup> Klimaatakkoord, pagina 226.

## 2. Rolinvulling en juridische aspecten

### 2.1 Rollen in de warmteketen

Van oudsher is er sprake van ‘lokale monopolies’ bij warmtenetten omdat veelal één partij de gehele warmteketen in handen heeft, dus van producent tot leverancier (‘gesloten warmtenet’). Dit heeft vooral te maken gehad met het feit dat warmtenetten niet onderling met elkaar verbonden waren zoals bij gas en elektriciteit en men niet een andere leverancier kon kiezen. Bij (toekomstige) ‘open’ netten kan een partij meerdere rollen invullen in de warmteketen en kunnen mogelijk ook andere producenten warmte invoeden op een warmtenetwerk (‘Third party Acces’).

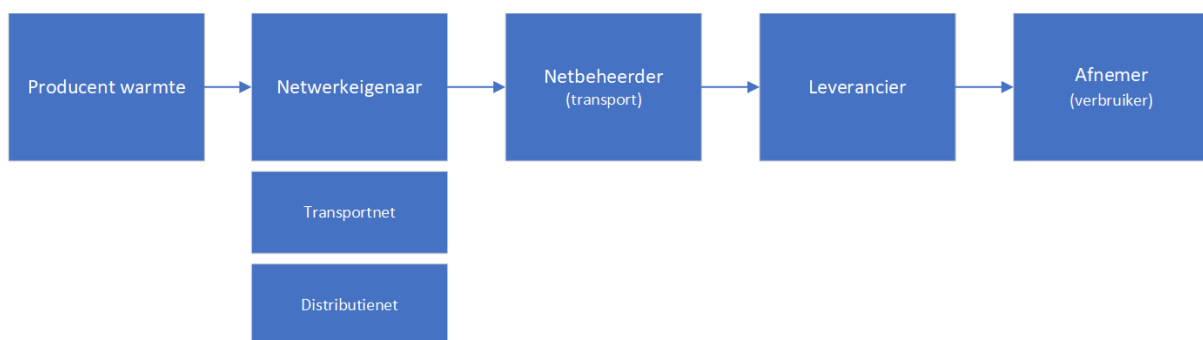
Met de inwerkingtreding van de Warmtewet in 2014 vallen kleinverbruikers<sup>4</sup> (met aansluitingen tot en met 100 Kilowatt) onder de bescherming van de Warmtewet. Bij het realiseren van een TEO-project zal uiteindelijk warmte of ‘koude’<sup>5</sup> geleverd worden aan afnemers en is het realiseren van de gehele warmteketen nodig.

Men zou verwachten dat in de warmteketen vergelijkbare rollen als in de Electriciteitswet en Gaswet (afnemer, leverancier, netbeheerder, producent, vergunninghouder) zijn opgenomen, maar de Warmtewet kent het begrip netbeheerder niet. In de warmtewet zijn de volgende ‘rollen’ opgenomen:

- producent: een persoon die zich bezighoudt met de productie van warmte;
- leverancier: een persoon die zich bezighoudt met de levering van warmte;
- vergunninghouder: de houder van een Warmtewetvergunning
- verbruiker (= afnemer)

Naast deze wettelijke begrippen in de Warmtewet zijn in de praktijk van (open) warmtenetten ook andere rollen te onderscheiden: bijvoorbeeld netwerkeigenaar (eventueel nog te onderscheiden in de eigenaar van het transportnet en/of het distributienet) en de netbeheerder. Naast de decentrale overheden kunnen ook marktpartijen het initiatief nemen om een bepaalde rol in te vullen in de warmteketen, bijvoorbeeld leveranciers, investeerders en vastgoed- of projectontwikkelaars.

Figuur 1: rollen in de warmteketen



<sup>4</sup> Grote afnemers - boven 100 Kilowatt – vallen niet onder de Warmtewet en moeten zelf contracten afsluiten met de leverancier.

<sup>5</sup> Uitspraak College van Beroep voor het bedrijfsleven d.d. 22 februari 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:30): ‘Uit de ... parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever er daarbij voor heeft gekozen om ook vormen van warmte met een lage temperatuur als hier aan de orde, onder de Warmtewet te laten vallen’. Het betrof in deze zaak levering van grondwater van gemiddeld 11,95 graden Celsius via een warmte- en koudeopslag (WKO).

### 2.1.1 Praktijkvoorbeelden

Met betrekking tot de bovengenoemde rolinvulling in de warmteketen zijn er vele variaties mogelijk. Hieronder volgen een aantal voorbeelden uit de praktijk van decentrale overheden die een of meerdere rollen vervullen in de warmteketen:

#### *Stadsverwarming Purmerend (SVP)<sup>6</sup>: eigen gemeentelijk warmtebedrijf*

(SVP) levert de inwoners en bedrijven van Purmerend op een betrouwbare en comfortabele manier duurzame warmte. Met de gemeente als enig aandeelhouder is SVP een lokaal duurzaam warmtebedrijf van en voor de inwoners van de Gemeente Purmerend. Sinds 1 juli 2014 produceert Stadsverwarming Purmerend (SVP) met BioWarmteCentrale de Purmer en twee hulpwarmtecentrales zelf haar warmte. Hiermee heeft SVP zich ontwikkeld tot een integraal warmtebedrijf; van warmteproductie tot aan levering bij de eindgebruikers.

#### *Het Groene net<sup>7</sup> (Sittard) en DEVO<sup>8</sup>: warmtebedrijf in eigendom van gemeente en marktpartij*

Het Groene Net is een lokaal warmtebedrijf dat via een ondergronds warmtenet duurzame warmte en koude levert aan bedrijven en woningen in Sittard-Geleen, Beek en Stein. De warmte is afkomstig van twee lokale warmtebronnen: de hernieuwbare warmte van Biomassacentrale Sittard (BES) en de restwarmte van SABIC's naftakraker Olefin 4 op Chemelot. De gemeente Sittard-Geleen en Ennatuurlijk bezitten beiden 50% van de aandelen.

Duurzame Energievoorziening Veenendaal-oost B.V. (DEVO) is het lokale energiebedrijf, dat verantwoordelijk is voor de aanleg, de exploitatie en het beheer van de duurzame energievoorziening in Buurtstede (deelgebied Veenendaal-oost). DEVO voorziet op termijn circa 1.250 woningen en gebouwen voor de voorzieningen van warmte en koeling via een collectief energiesysteem op basis van warmte/koudeopslag en warmtekrachtkoppeling. DEVO is opgericht door de gemeente Veenendaal en Quattro Energie B.V.

#### *Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal B.V. (DER)<sup>9</sup>: aanleg, ontwikkeling en realisatie warmtenet door gemeente en in eigendom gemeentelijk energiebedrijf*

DER is het gemeentelijke energiebedrijf. DER maakt gebruik van lage temperatuur restwarmte van afvalverbrander Suez. De gemeente heeft in 2014 een lage temperatuur warmtenet, het zogenaamde Smart Climate Grid, ontwikkeld, gerealiseerd en ondergebracht in het bedrijf DER.

#### *Warmtebedrijf Rotterdam<sup>10</sup>: twee overheidsbedrijven met rol van netbeheer respectievelijk warmtelevering*

Warmtebedrijf Infra N.V. (verdeling aandelen: 8% provincie Zuid-Holland, 4% woningcorporatie Woonbron en 88% gemeente Rotterdam) en Warmtebedrijf Exploitatie N.V. (100% gemeente Rotterdam) vormen samen Warmtebedrijf Rotterdam. De Infra N.V. is verantwoordelijk voor de infrastructuur (de aanleg, beheer en onderhoud van het warmtetransportnetwerk) en de Exploitatie N.V. verzorgt de inkoop, de levering en de optimale inzet van havenwarmte aan de industrie en aan stadsverwarming uit de Rotterdamse haven.

#### *Gemeente Eindhoven<sup>11</sup>: gemeente als warmteleverancier*

De gemeente Eindhoven heeft sinds 18 april 2016 een vergunning van de ACM (Autoriteit Consumenten Markt) voor de levering van warmte. De bio-energiecentrale, die eigendom is van de gemeente Eindhoven, produceert

<sup>6</sup> Zie: <https://www.stadsverwarmingpurmerend.nl/over-warmte/>

<sup>7</sup> Zie: <http://www.hetgroenenet.nl/>

<sup>8</sup> Zie: <https://www.devo-veenendaal.nl/over-devo/>

<sup>9</sup> Zie <http://energieder.nl/waarom-der/#>

<sup>10</sup> Zie: <http://www.warmtebedrijfrotterdam.nl/warmtebedrijfrotterdam/>

<sup>11</sup> Zie: [https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/15724\\_besluit-gemeente-eindhoven-mag-warmte-leveren.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/15724_besluit-gemeente-eindhoven-mag-warmte-leveren.pdf) en: <https://www.warmte-eindhoven.nl/over-warmtenet-eindhoven/>

groene warmte en groene stroom op basis van snoeihout uit Eindhoven en omstreken. De geproduceerde duurzame warmte wordt geleverd aan het warmtenet van de gemeente Eindhoven. De restwarmte wordt geleverd aan het warmtenet van Ennatuurlijk. Ennatuurlijk verzorgt namens de gemeente Eindhoven de dienstverlening en de klantenservice.

## 2.2 Rollen en diverse juridische aspecten

### 2.2.1 Warmtewet

Decentrale overheden kunnen aldus diverse rollen innemen in de warmteketen. Recentelijk heeft de Minister van EZK bij Kamerbrief van 13 februari 2019 'de Warmtewet 2.0' toegelicht. Vooralnog lijkt er geen sprake van een regulering als in de Elektriciteits- en Gaswet: 'het aanbrenge van een generieke wettelijke verplichte splitsing tussen productie en levering van warmte enerzijds en het warmtetransport en netbeheer anderzijds, draagt niet bij aan het verbeteren van de betaalbaarheid, duurzaamheid en leveringszekerheid. De huidige Warmtewet<sup>12</sup> heeft alleen de rol van warmteproducent en leverancier/vergunninghouder vastgelegd.

Een producent heeft op grond van de Warmtewet onder meer de volgende verplichtingen / taken:

- Een producent aangesloten op een warmtenet is verplicht op verzoek van de leverancier te onderhandelen over het beschikbaar stellen van warmte tegen redelijke prijzen en voorwaarden.
- Een leverancier of een producent, die voornemens is de levering of de productie van warmte te beëindigen dan wel redelijkerwijs moet voorzien dat hij niet langer aan zijn wettelijke verplichtingen zal kunnen voldoen, meldt dit onverwijld aan de Minister van EZK.
- De Minister van EZK kan een producent opdragen warmte te produceren en deze warmte ter beschikking te stellen aan een door hem aangewezen noodleverancier
- De Autoriteit Consument en Markt kan bij een producent metingen verrichten of doen verrichten.
- De Minister van EZK kan, in overeenstemming met de Minister van IenW, aan een producent eisen stellen met betrekking tot het nuttig gebruik van restwarmte.

De leverancier (vergunninghouder) heeft op grond van de Warmtewet de volgende verplichtingen / taken:

- Het is verboden zonder vergunning van de ACM warmte te leveren aan verbruikers, tenzij de leverancier warmte levert aan ten hoogste 10 verbruikers tegelijk, per jaar niet meer warmte levert dan 10.000 gigajoules, of de verhuurder of de eigenaar is van het gebouw, ten behoeve waarvan de warmte wordt geleverd.
- Een leverancier draagt zorg voor een betrouwbare levering van warmte tegen redelijke voorwaarden en met inachtneming van een goede kwaliteit van dienstverlening.
- De Autoriteit Consument en Markt kan bij een leverancier metingen verrichten of doen verrichten.
- Een leverancier verstrekt de verbruikers aangesloten op zijn warmtenet ten minste eenmaal per jaar een volledige en voldoende gespecificeerde nota met betrekking tot de door hem geleverde diensten.
- De leverancier brengt voor de levering van warmte ten hoogste in rekening de maximumprijs, de kosten van meting van het warmteverbruik en de eenmalige aansluitbijdrage (vastgesteld door de ACM) en onthoudt zich van iedere vorm van ongerechtvaardigd onderscheid jegens zijn verbruikers.
- De boekhouding van een leverancier bevat betrouwbare en op een inzichtelijke wijze vorm gegeven informatie over de integrale kosten en opbrengsten die verband houden met de levering van warmte en het verrichten van de aansluiting.
- De leverancier stelt al hetgeen redelijkerwijs in zijn vermogen ligt in het werk om afsluiting dan wel onderbreking van de levering van warmte te voorkomen, of indien een onderbreking van de levering van warmte optreedt, deze zo snel mogelijk te verhelpen. Afsluiting van een verbruiker wordt in het bijzonder voorkomen in de periode van 1 oktober tot 1 april van enig jaar.

- Indien door een leverancier bij een individuele afnemer een eenmalige aansluitbijdrage in rekening wordt gebracht voor een onvoorziene aansluiting op een bestaand warmtenet, bedraagt deze bijdrage maximaal hetgeen een gasverbruiker zou bijdragen in de situatie waarbij sprake is van aansluiting op een gasnet.

In de warmteketen moeten tussen alle schakels - tenzij er sprake is van een gesloten warmtenet want dan is er alleen een warmteleveringsovereenkomst met de afnemer - ook diverse privaatrechtelijke overeenkomsten worden gesloten, bijvoorbeeld de producent die afspraken moet maken met de netwerkeigenaar, en de netwerkeigenaar met de netbeheerder etc.

## 2.2.2 Privaatrecht en publiekrecht bij vormgeven van samenwerking

Bij een samenwerkingsverband tussen publieke en private partijen wordt vaak gestart met een informele samenwerking die later formeler van aard wordt. Veelal start men met een vorm van lichte betrokkenheid, bijvoorbeeld een intentieverklaring of iets dergelijks. Naar mate de samenwerking concreter wordt en partijen naar een fase gaan van het bepalen van rechten en verplichtingen zal een tussen partijen bindende vorm worden gekozen, bijvoorbeeld een convenant, samenwerkingsovereenkomst, dienstverleningsovereenkomst.

Voor decentrale overheden gelden bij dergelijke 'overeenkomsten' zowel de publiekrechtelijke (onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, bijvoorbeeld zorgvuldigheid) als privaatrechtelijke regels uit het Burgerlijk Wetboek (BW). In het BW alsook de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn bepalingen opgenomen waaruit volgt dat privaatrechtelijk optreden van de overheid niet in strijd mag zijn met (on)geschreven regels van publiekrecht<sup>13</sup>. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden dus ook in het kader van privaatrechtelijk overheidshandelen door decentrale overheden – bijvoorbeeld bij het aangaan van contracten als de decentrale overheid een rol vervult in de warmteketen. Voor private partijen gelden de publiekrechtelijke regels niet rechtstreeks, maar gelden wel vergelijkbare (zorgvuldigheids)normen uit het BW en jurisprudentie (bijvoorbeeld 'redelijkheid en billijkheid').

Indien de samenwerking tussen de decentrale overheid/overheden en private partij(en) verder gaat dan een intentieverklaring, dan ligt het gezamenlijk oprichten van een rechtspersoon of samenwerking in een PPS-constructie voor de hand. Bij het aantrekken van een marktpartij die deelneemt in die onderneming, is het aanbestedingsrecht van toepassing (zie volgende paragraaf). Gaat deze nieuwe onderneming activiteiten verrichten die aanbesteed hadden moeten worden, dan moet de marktpartij - die gaat deelnemen in die onderneming - in principe worden geselecteerd door middel van een aanbestedingsprocedure.

## 2.2.3 Aanbestedingsrecht

Bij de voorbereiding van TEO-projecten en/of het opstellen van business cases kan een decentrale overheid zelfstandig te werk gaan. In deze situatie is het aanbestedingsrecht niet van toepassing. Als een decentrale overheid in deze fase wil samenwerken met een marktpartij, dan moet mogelijk wel rekening worden gehouden met het aanbestedingsrecht. Het maakt daarbij niet uit of het initiatief tot samenwerking vanuit de marktpartij of decentrale overheid komt; het uitbesteden van bijvoorbeeld een overheidsopdracht met een geraamde waarde<sup>14</sup> boven de aanbestedingsdrempel van € 221.000 (exclusief BTW) voor inkoop van diensten (bijvoorbeeld het uitbesteden van diensten van de leverancier) en voor een concessieopdracht of opdracht voor werken (bijvoorbeeld voor de aanleg van een warmtenet/infrastructuur of onderhoud van het netwerk) boven € 5.548.000,- moet Europees aanbesteed worden. Indien de dienstverlening onder deze drempels valt, dan geldt alsnog het eigen inkoopbeleid van de decentrale overheden. Onderhandse gunning kan ook tot de mogelijkheden behoren, bijvoorbeeld in situaties waarin de dienst alleen door een bepaalde ondernemer kan worden verricht omdat de mededinging ontbreekt om technische redenen, of uitsluitende rechten, met inbegrip

<sup>13</sup> Art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb.

<sup>14</sup> Zie art. 2.13 e.v. van de Aanbestedingswet m.b.t. de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht.



van intellectuele-eigendomsrechten, moeten worden beschermd<sup>15</sup>. Onderhands kan ook met behulp van het innovatiepartnerschap<sup>16</sup> waarbij de decentrale overheid in de aanbestedingsstukken zijn behoefte aan innovatieve producten, diensten of werken beschrijft en aangeeft aan dat met de aanschaf van reeds op de markt beschikbare producten, diensten of werken niet in die behoefte kan worden voorzien. Ook is er nog een uitzondering op de aanbestedingsplicht met betrekking tot de onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten die zowel ten goede komen aan de aanbestedende dienst(en) als aan de opdrachtnemer én de opdrachtnemer bovendien ook een deel van de kosten voor zijn rekening neemt<sup>17</sup>.

Indien decentrale overheden willen samenwerken met een verbonden partij<sup>18</sup> / aan de decentrale overheid gelieerde partij, dan is het aanbestedingsrecht ook van toepassing, bijvoorbeeld als een decentrale overheid gebruik maakt van een overheidsbedrijf dat warmte produceert. Als het gaat om een overheidsbedrijf dat kan voldoen aan de vereisten van 'quasi-inbesteding' of 'publiek-publieke samenwerking' dan hoeft er niet aanbesteed te worden. Aanbesteden is ook niet nodig indien de decentrale overheid een alleenrecht<sup>19</sup> geeft aan deze partij om binnen een vooraf bepaald geografisch gebied diensten te mogen verrichten<sup>20</sup>.

#### 2.2.4 Staatssteun

Staatssteun wordt gekenmerkt door financiële hulp van de overheid voor een specifieke (groep) onderneming(en). Indien decentrale overheden bepaalde ondernemingen voordelen verschaffen, die andere ondernemingen niet krijgen, kan er sprake zijn van ongeoorloofde steun omdat er oneerlijke concurrentie ontstaat<sup>21</sup>. De vorm van de financiële hulp is niet relevant omdat onder het begrip staatssteun vele vormen vallen, bijvoorbeeld subsidies, leningen, overheidsgaranties, verzekeringen, het aankopen van aandelen in een onderneming voor een prijs hoger dan de marktwaarde. Indien een decentrale overheid in een bepaalde rol in de warmteketen dergelijke voordelen verschaft kan er in principe sprake zijn van ongeoorloofde staatssteun. De sanctie op onrechtmatige staatssteun is terugvordering: in de Wet terugvordering staatssteun (per 1 juli 2018 in werking getreden) zijn overheden verplicht om onverenigbare staatssteun terug te vorderen.

Zolang decentrale overheden of hun 'overheidsbedrijven' goederen of diensten conform de op markt geldende tarieven leveren of investeren op een manier zoals een particuliere investeerder in hetzelfde geval ook zou kunnen doen, is geen sprake van staatssteun. Er is dan namelijk geen sprake van een economisch voordeel voor ondernemingen. Voor de analyse of sprake is van staatssteun is dus relevant welke voorwaarden de decentrale overheden bedingen; mocht uit de staatssteun analyse blijken dat er sprake is van een voordeel voor een specifieke (groep) onderneming(en), dan moet onderzocht worden of sprake is van een uitzondering op het verbod van staatssteun.

Uitzonderingen op staatssteun zijn onder meer 'de-minimissteun verordening' (aan een onderneming kan maximaal € 200.000,- steun worden verleend over een periode van drie belastingjaren), DAEB de-minimisverordening (ondernemingen die een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB) verrichten mogen maximaal € 500.000,- aan de-minimissteun ontvangen over drie belastingjaren), algemene vrijstellingen

<sup>15</sup> Artikel 2a.33 lid 5 Aanbestedingswet.

<sup>16</sup> Artikel 2.22 en 2.126b en verder Aanbestedingswet.

<sup>17</sup> Artikel 2.24 aanhef en sub g in samenhang met artikel 2a.26 Aanbestedingswet, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3 (MvT), p. 61 en 62. De tekst van deze alinea is ontleend aan Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht.

<sup>18</sup> De decentrale overheid heeft een bestuurlijk én financieel belang in de gelieerde partij conform het Besluit Begroting en Verantwoording (BBV).

<sup>19</sup> Worden ook wel 'uitsluitend recht' (of 'bijzonder recht') genoemd; zie art. 1.1 Aanbestedingswet: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.

<sup>20</sup> Voor de specifieke voorwaarden: zie de aanbestedingswet en bijbehorende jurisprudentie; Quasi-inbesteding: artikel 2.24a en 2.24b van de Aanbestedingswet; publiek-publieke samenwerking: art. 2.24c Aanbestedingswet; alleenrecht/uitsluitend recht: art. 1.1 Aanbestedingswet.

<sup>21</sup> Zie artikel 107 EU-Werkingsverdrag voor de definitie van staatssteun.

(Algemene Groepsvrijstellingsverordening; bijvoorbeeld steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, milieubescherming en hernieuwbare energie), richtsnoeren van de Europese Commissie (Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020). Opgemerkt wordt dat voor het kunnen toepassen van de uitzonderingen uiteraard vele specifieke eisen gelden.

### 2.2.5 Mededinging

De mededingingsregels<sup>22</sup> zijn van toepassing op de concurrentie *tussen* ondernemingen. Indien decentrale overheden of hun 'overheidsbedrijven' geen ondernemingsactiviteiten verrichten (dus typische overheidstaken uitvoeren) zijn zij niet de adressant van de mededingingsregels en is de Mededingingswet niet van toepassing.

Indien decentrale overheden of hun 'overheidsbedrijven' wel economische activiteiten verrichten kan er sprake zijn van concurrentie beperking waardoor mededinging op de interne markt wordt verstoord. Daarom is er een apart hoofdstuk 4b in de Mededingingswet (bekend als 'Wet markt en overheid') opgenomen waarin vier gedragsregels zijn opgenomen voor overheden en overheidsbedrijven. Voor overheden en overheidsbedrijven geldt dat zij:

1. afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in rekening brengen;
2. bevoordeelt eigen overheidsbedrijven niet boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt en kent evenmin een dergelijk overheidsbedrijf anderszins voordelen toe die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is;
3. gegevens die hij heeft verkregen in het kader van de uitvoering van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden alleen gebruikt voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld;
4. voorkomt dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten, indien hij een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon worden verricht.

De vier gedragsregels zijn echter niet van toepassing op economische activiteiten en op een bevoordeling van een overheidsbedrijf in het algemeen belang<sup>23</sup>. De vaststelling of economische activiteiten of een bevoordeling plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang geschiedt voor provincies, gemeenten en waterschappen door provinciale staten, de gemeenteraad respectievelijk het algemeen bestuur. Met betrekking tot deze vaststelling is er een mate van beoordelingsruimte, maar dit besluit moet wel zorgvuldig gemotiveerd worden volgens de rechter.<sup>24</sup> Ten slotte wordt hier nog opgemerkt dat decentrale overheden zich moeten onthouden van maatregelen die (onbedoeld) die kunnen leiden tot beperking van de mededinging (bijvoorbeeld kartelvorming, machtsmisbruik).

### 2.3 Overzicht

Op basis van de bovenstaande rollen is een schematische weergave opgesteld met daarin op hoofdlijnen aangegeven welke juridische aspecten van toepassing kunnen zijn als een decentrale overheid een bepaalde rol in de warmteketen op zich neemt. Een kruisje in een betreffend vakje wil niet per definitie zeggen dat een juridisch aspect altijd van toepassing is. Als een decentrale overheid als warmteproducent een marktconform tarief hanteert, dan hoeft er in principe geen sprake te zijn van ongeoorloofde staatssteun. Een decentrale overheid kan in de rol van netbeheerder taken uitbesteden en dan kan het aanbestedingsrecht van toepassing zijn, maar de

<sup>22</sup> Zie de artikelen 101, 102, 106, 107, 108 en 109 EU-Werkingsverdrag.

<sup>23</sup> Zie art. 25h lid 5 Mededingingswet.

<sup>24</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 28 juni 2018 (ECLI:NL:RBROT:2018:5147)

decentrale overheid kan die taken ook zelf uitvoeren als zij over de expertise beschikt waardoor het aanbestedingsrecht niet van toepassing is.

<b>Rol</b>	<b>Warmteproducent</b>	<b>Netwerkeigenaar</b>	<b>Netbeheerder</b>	<b>Leverancier</b>
<b>Juridische aspecten</b>				
<b>Warmtewet</b>	×			×
<b>Privaatrecht</b>	×	×	×	×
<b>Publiekrecht</b>	×	×	×	×
<b>Aanbesteding</b>	×	×	×	×
<b>Staatssteun</b>	×	×	×	×
<b>Markt &amp; overheid</b>	×	×	×	×

**Berenschot Groep B.V.**

Europalaan 40, 3526 KS Utrecht

Postbus 8039, 3503 RA Utrecht

030 2 916 916

[www.berenschot.nl](http://www.berenschot.nl)

/berenschot