

Warmte-infrastructuur in publieke handen: goed voor het publieke belang of onrechtmatige onteigening?

BR 2023/11

Op 21 oktober 2022 heeft de Minister voor Klimaat en Energie aangekondigd dat hij van plan is om in de wet collectieve warmtevoorziening op te nemen dat warmtebedrijven die collectieve warmte-infrastructuur exploiteren, op termijn voor tenminste 51% in publieke handen moeten zijn. Dit artikel gaat in op de vraag in hoeverre dit plan het publieke belang dient, of het plan leidt tot een inbreuk op het eigendomsrecht van warmtebedrijven en, zo ja, of die inbreuk rechtmatig is.

1. Inleiding

De Warmtewet² bevat regels over levering van warmte aan verbruikers.³ De huidige Warmtewet is op 1 januari 2014 in werking getreden en heeft consumentenbescherming tot doel.⁴ Bij warmte hebben verbruikers (anders dan bij elektriciteit en gas) geen vrije leverancierskeuze. De gedachte van de wetgever is dat dit tot misbruik van een monopolie zou kunnen leiden en om die reden bevat de Warmtewet regels die erop gericht zijn om de verbruikers te beschermen. Die bescherming bestaat enerzijds uit een jaarlijks door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) vastgesteld maximumtarief voor vaste kosten. En anderzijds uit een maximumtarief voor het variabele deel (het gigajoule verbruik) dat jaarlijks door de ACM wordt vastgesteld. Dit leidt ertoe dat de totale prijs die voor warmte wordt betaald door verbruikers, wordt gereguleerd door de ACM. Dat is een belangrijk verschil ten opzichte van gas en elektriciteit. Daarbij hebben mensen weliswaar 'vrije leverancierskeuze', maar de prijs voor het variabele deel (het verbruik) is daar niet gereguleerd. Het 'gebrek aan vrije leverancierskeuze' wordt dus ruimschoots gecompenseerd door de price cap op warmte.

In het Klimaatakkoord is afgesproken dat gemeenten een belangrijke rol krijgen bij de warmtetransitie voor de gebouwde omgeving.⁵ De mogelijkheden voor verduurzaming in de gebouwde omgeving kunnen lokaal namelijk sterk verschillen. Daartoe zouden gemeenten uiterlijk eind 2021 zogenaamde warmtetransitieplannen moeten hebben opgesteld.⁶ Daarin moeten gemeenten onder meer i) voorstellen opnemen voor het duurzaam aardgasvrij verwarmen

en koken in gebouwen en ii) richting geven aan de aanpak van de warmtetransitie.

Al geruime tijd wordt gewerkt aan de Wet collectieve warmtevoorziening (Wcw). De Wcw (ook wel de Warmtewet 2.0 genoemd) dient ter vervanging van de huidige Warmtewet. Met de Wcw wordt beoogd de groei en de verduurzaming van collectieve warmtesystemen in de gebouwde omgeving te faciliteren en daarmee uitwerking te geven aan de klimaatdoelen en de afspraken uit het Klimaatakkoord.⁷ Collectieve warmtesystemen zijn één van de mogelijke duurzame, toekomstige energie-opties in de gebouwde omgeving, naast (groen) gas en elektriciteit. In het huidige wetsvoorstel Wcw, stellen gemeenten (mede gelet op het voorgaande) warmtekavels vast en wijzen zij een warmtebedrijf aan dat het exclusieve recht en de exclusieve plicht krijgt om in het warmtekavel een collectieve warmtevoorziening aan te leggen en te exploiteren.⁸

In de kamerbrief van 21 oktober 2022 heeft de Minister voor Klimaat en Energie (hierna: Minister) aangekondigd dat hij van plan is om aan het huidige wetsvoorstel Wcw toe te voegen dat warmtebedrijven die collectieve warmte-infrastructuur exploiteren op termijn voor tenminste 51% in publieke handen moeten zijn (het Voornemen).⁹ Met 'publieke handen' wordt bedoeld dat de aandelen van de warmtebedrijven direct of indirect in handen van een overheid moeten zijn. Hoewel voornoemde kamerbrief niet expliciet aangeeft dat het om een Nederlandse overheid moet gaan, gaan we er voor dit artikel vanuit dat dit wel is bedoeld. In de kamerbrief wordt namelijk aangegeven dat (i) gemeenten en provincies hun steun hebben uitgesproken voor 'het in de Wcw verplichten van publiek eigenaarschap van de infrastructuur' en (ii) de Minister hecht aan een wetsvoorstel dat wordt gedragen door gemeenten die in de Wcw als primair sturende partij worden aangewezen om de lokale warmtetransitie te realiseren. Het ligt derhalve niet in de rede dat het de bedoeling is dat ook buitenlandse overheden eigenaar mogen zijn van de warmte-infrastructuur. Daarnaast moet de overheid ook 'overwegende zeggenschap' hebben over het warmtebedrijf. Met 'collectieve warmte-infrastructuur' worden warmtenetten met meer dan 1500 aansluitingen bedoeld. Dit betekent volgens de kamerbrief dat private warmtebedrijven wel kleine collectieve warmtesystemen kunnen

1 Léone Klapwijk en Loes Pustjens zijn beiden advocaten bij Van Doorne. De auteurs bedanken Rogier Schellaars (eveneens advocaat bij Van Doorne) voor zijn bijdrage aan dit artikel.

2 Zoals in werking getreden op 1 januari 2014, aangekondigd bij *Stb.* 2013, 358.

3 Zie artikel 1 Warmtewet.

4 *Kamerstukken II* 2002/03, 29048, 3 (MvT), p. 8.

5 *Kamerstukken II*, concept memorie van toelichting Wcw, p. 3 en Klimaatakkoord, 28 juni 2019, p. 15.

6 Klimaatakkoord, 28 juni 2019, p. 27.

7 *Kamerstukken II*, concept memorie van toelichting Wcw, p. 2.

8 Artikel 2.2. Wet collectieve warmtevoorziening.

9 In de kamerbrief van 21 oktober 2022, 'Wet collectieve warmtevoorziening, Besluit infrastructuur in publieke handen', p. 9 geeft de Minister aan voornemens te zijn het wetsvoorstel van de Wcw in Q1 van 2023 aan de Raad van State aan te bieden en direct na het zomerreces van 2023 aan de Tweede Kamer. De Minister geeft aan dat het nog steeds mogelijk is om de Wcw, zoals gepland, op 1 juli 2024 in werking te laten treden.

aanleggen en exploiteren.¹⁰ In het huidige wetsvoorstel Wcw wordt een 'klein collectief warmtesysteem' gedefinieerd als een collectief warmtesysteem waarmee warmte wordt geleverd aan maximaal 500 kleinverbruikers. In de Kamerbrief wordt niet toegelicht waarom de grens van een collectief warmtesysteem waarvan de infrastructuur in publieke handen moet zijn, wordt gelegd bij 1500 aansluitingen.

Als gevolg van het Voornemen zal het huidige wetsvoorstel Wcw worden gewijzigd, en kunnen gemeenten enkel warmtebedrijven voor een warmtekavel aanwijzen die voor 51% in publieke handen zijn en waarin de desbetreffende overheden doorslaggevend zeggenschap hebben. Gedurende een ingroeiperiode van 7 jaar (die naar het zich op dit moment laat aanzien van juli 2024 tot juli 2031 zal duren) kunnen gemeenten nog wel private warmtebedrijven aanwijzen, maar enkel indien *'er geen voldoende gekwalificeerd warmtebedrijf met infrastructuur in publieke handen beschikbaar is om aangewezen te worden.'*¹¹

Bij de inwerkingtreding van de Wcw zullen bestaande private warmtebedrijven die op grond van een bestuursrechtelijk besluit of een overeenkomst het recht hebben verkregen warmte te leveren 'per kavel' als warmtebedrijf worden aangewezen.¹² Voor deze private warmtebedrijven wordt overgangsrecht met zogenoemde uitgestelde werking opgenomen in de Wcw. Dit overgangsrecht zal inhouden dat de private warmtebedrijven niet direct, maar pas *'na afloop van de aanwijzing verkregen op grond van het overgangsrecht'* in publieke handen zouden moeten komen. De Minister licht dit overgangsrecht toe met de opmerking dat *'de bestaande warmtebedrijven voldoende tijd en ruimte moeten hebben om hun investering terug te verdienen, waarmee tot compensatie- of schadeplicht leidende onteigening voorkomen wordt'*. Dat betekent dat alle bestaande private warmtebedrijven na inwerkingtreding van de Wcw zullen worden aangewezen als warmtebedrijf in de zin van de Wcw en zij dus (volgens voornoemde kamerbrief) gedurende 20 tot 30 jaar de gelegenheid krijgen hun investeringen terug te verdienen (Overgangsperiode). Blijkens de kamerbrief is het plan van de Minister dat de warmtebedrijven te zijner tijd geen vergoeding krijgen voor de aandelen of de *assets*¹³ die zij verplicht moeten overdragen.

Warmtebedrijven die niet voldoen aan het Voornemen, kunnen na het 'verstrijken van de aanwijsperiode' niet opnieuw als warmtebedrijf in de zin van de Wcw worden aangewezen. Die warmtebedrijven mogen blijkens het Voornemen na afloop van de aanwijzing alleen nog de volgende activiteiten op het gebied van warmte verrichten: (i)

warmte produceren, (ii) werkzaamheden uitvoeren voor een door de gemeente aangewezen warmtebedrijf of (iii) een warmtevoorziening met minder dan 1500 aansluitingen aanleggen en exploiteren.¹⁴ Dit betekent dat warmtebedrijven hun activiteiten dan ernstig moeten inkrimpen, omdat netbeheer en levering (aan meer dan 1500 verbruikers) niet meer is toegestaan.

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag of het uitgangspunt, dat minstens 51% van de aandelen van private warmtebedrijven na de Overgangsperiode 'gratis' in publieke handen moet worden gebracht, vanuit onteigeningsperspectief houdbaar is. Daartoe wordt in hoofdstuk 2 kort op hoofdlijnen toegelicht langs welke nationale, Europese en internationale lijnen eigendom wordt beschermd. In hoofdstuk 3 wordt nader ingegaan op artikel 1 Eerste Protocol Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EP EVRM) en wordt toegelicht aan welke eisen onteigening moet voldoen. Daarbij wordt ingegaan op de rechtmatigheid van het Voornemen vanuit onteigeningsperspectief. In hoofdstuk 4 nemen wij enkele afsluitende overwegingen op.

Opmerking verdient dat de plannen zoals aangekondigd in de kamerbrief nog niet zijn vastgelegd in een concept wets-tekst. Hoe de wetstekst precies zal luiden en wat daarin precies wordt geregeld, is op het moment van het schrijven van dit artikel nog niet bekend. In dit artikel gaan wij derhalve uit van het Voornemen zoals opgenomen in eerdergenoemde kamerbrief.

2. Bescherming van eigendom – grondslagen voor onteigening

Het regulerend kader voor onteigening is op nationaal niveau neergelegd in de Grondwet en de onteigeningswet. Op Europees en supranationaal niveau bevatten het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, bilaterale investeringsverdragen en het Verdrag inzake het Energiehandvest bepalingen over de bescherming, ontneming en regulering van eigendom. In dit hoofdstuk zal in vogelvlucht worden ingegaan op de verschillende regelingen die het ongestoord genot van eigendom waarborgen, dan wel de spelregels geven voor rechtmatige ontneming van eigendom.

Op nationaal niveau bepaalt artikel 14 van de Grondwet dat onteigening alleen kan geschieden in het algemeen belang en tegen een vooraf verzekerde schadeloosstelling. De Wcw is een wet in formele zin en mag derhalve niet worden getoetst aan de Grondwet.¹⁵ Om die reden zal de Grondwet in dit artikel verder buiten beschouwing worden gelaten.

De onteigeningswet voorziet in de mogelijkheid om op grond van de daarin uitgewerkte titels in het algemeen

10 Kamerbrief 21 oktober 2022, 'Wet collectieve warmtevoorziening, Besluit infrastructuur in publieke handen', p. 8.

11 Kamerbrief 21 oktober 2022, 'Wet collectieve warmtevoorziening, Besluit infrastructuur in publieke handen', p. 3.

12 Artikel 14.3 lid 1 Wcw.

13 In het vervolg van dit artikel wordt gemakshalve steeds alleen gesproken van aandelen.

14 Kamerbrief 21 oktober 2022, 'Wet collectieve warmtevoorziening, Besluit infrastructuur in publieke handen', p. 8.

15 Artikel 120 Grondwet.

belang en tegen een vooraf verzekerde schadeloosstelling onder dwang eigendom van onroerende zaken of rechten daarop te ontnemen.¹⁶ Alhoewel een warmtenet een onroerende zaak is, lijkt de onteigeningswet niet van toepassing op de onteigening van aandelen in een warmtebedrijf. Daarom zal de onteigeningswet in dit artikel buiten beschouwing worden gelaten.¹⁷

Het Verdrag inzake het Energiehandvest is van toepassing op de onteigening van investeringen van investeerders uit verdragsluitende staten op het grondgebied van andere verdragsluitende staten. Collectieve verwarmingssystemen (*distributed heat to multiple premises*) zijn echter uitgesloten van de definitie van een (beschermde) investering in de zin van het Energiehandvestverdrag. Om die reden laten wij het Verdrag inzake het Energiehandvest in dit artikel verder buiten beschouwing.

Voorts voorzien bilaterale investeringsverdragen, waar Nederland partij bij is, vrijwel zonder uitzondering in bescherming van eigendomsrechten tegen – wat wordt gekwalificeerd als onrechtmatige – onteigening.¹⁸ Het is in dat verband goed denkbaar dat investeerders die kwalificeren als een investeerder uit een niet-EU land onder een toepasselijk investeringsverdrag een aanspraak doen gelden in een investeringsarbitrage of in een procedure bij een gewone rechter.¹⁹ Dit is met name aan de orde indien zulke investeerders rechtens onvoldoende gecompenseerd worden²⁰ – waarbij ter beoordeling van beschermingsomvang van investeerders óók naar andere verdragen en (eventueel) nationale regelingen moet worden gekeken met het oog op 'meestbegunstigingsregelingen' in bilaterale

investeringsverdragen.²¹ Een warmtebedrijf kan, gelet op geldende jurisprudentie van het HvJ EU, in de praktijk alleen een arbitrage op grond van een bilateraal investeringsverdrag voeren tegen de Nederlandse staat indien zij kwalificeert als een investeerder uit een niet-EU land.²² In dit artikel gaan wij niet nader in op (de bescherming onder) deze bilaterale investeringsverdragen.

Artikel 1 EP EVRM en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HGEU) bevatten bepalingen over het recht op het ongestoorde genot van eigendom. Daarnaast bevatten deze bepalingen regels voor een rechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht. Artikel 17 HGEU bevat dezelfde rechtsbescherming tegen ontneming en regulering van eigendom en moet op dezelfde wijze worden uitgelegd en toegepast als artikel 1 EP EVRM.²³ Om die reden zal in het volgende hoofdstuk (waarin wij ingaan op de spelregels voor ontneming van eigendom zoals opgenomen in artikel 1 EP EVRM) korthedshalve enkel worden ingegaan op artikel 1 EP EVRM.

3. Artikel 1 EP EVRM

Artikel 1 EP EVRM bevat het recht op ongestoord genot van eigendom. Op grond van artikel 1 EP EVRM mag het eigendom van een (rechts)persoon enkel worden ontnomen *'in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht'*. Artikel 1 EP EVRM is een rechtstreeks werkende bepaling waaraan een wet in formele zin (zoals de Wcw wanneer deze in werking treedt) moet worden getoetst. Een uitgangspunt van artikel 1 EP EVRM is dat wanneer sprake is van onteigening, de schade die daardoor wordt geleden in beginsel moet worden vergoed.

Voordat kan worden beoordeeld of sprake is van onteigening, moet eerst worden nagegaan of sprake is van eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM. Vervolgens moet worden gezien of sprake is van ontneming van eigendom of van regulering daarvan. Als sprake is van ontneming van eigendom, moet daarna aan de hand van drie door artikel 1 EP EVRM gestelde vereisten worden gezien of de ontneming rechtmatig is. Deze vereisten zijn dat de ontneming van het eigendomsrecht i) bij wet moet zijn voorzien, ii) een legitieme doelstelling moet dienen ter bevordering van het algemeen belang en iii) er sprake moet zijn van een 'fair balance', oftewel een redelijk evenwicht tussen de eisen van

16 J.A.M.A. Sluysmans, *Lexplicatie onteigeningswet*, kernbeschrijving, 1 januari 2011.

17 De onteigeningswet zal bij inwerkingtreding van de Omgevingswet komen te vervallen. De regels over onteigening zullen dan worden opgenomen in de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet.

18 <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-ondernemen/documenten/rapporten/2020/10/15/landenlijst-investeringsbeschermingsovereenkomst-ibo>.

19 Zie bijvoorbeeld art. 2 van het tussen Nederland en Hong Kong geldende verdrag: <https://wetten.overheid.nl/BWV0001094/1993-09-01>.

20 Zie bijvoorbeeld art. 5 lid 1 van het tussen Nederland en Hong Kong geldende verdrag: "Aan investeerders van een van beide Overeenkomstsluitende Partijen worden hun investeringen in het gebied van de andere Overeenkomstsluitende Partij niet ontnomen, noch worden zij onderworpen aan maatregelen die gevolgen hebben die gelijkwaardig zijn aan ontneming, behalve volgens de wet, op niet-discriminatoire basis, ten algemene nutte in verband met de binnenlandse behoeften van die Partij, en tegen betaling van een schadeloosstelling. Deze schadeloosstelling bedraagt de werkelijke waarde van de investering onmiddellijk voorafgaand aan de ontneming of voordat de voorgenomen ontneming openbaar werd, naar gelang van welke situatie zich eerder voordoet; zij omvat mede rente tegen een gewone commerciële rentevoet tot de datum van betaling; zij dient te geschieden zonder onnodige vertraging en dient werkelijk beschikbaar en vrij inwisselbaar te zijn. Onverminderd de bepalingen van artikel 10 dient de betrokken investeerder het recht te hebben, krachtens het recht van de Overeenkomstsluitende Partij die hem de investering ontnemt, op onmiddellijke toetsing door een rechterlijke of andere onafhankelijke autoriteit van die Partij, van de zaak van de investeerder en van het vaststellen van de waarde van de investering in overeenstemming met de in dit lid beschreven beginselen."

21 Zie bijvoorbeeld art. 3 lid 2 van het tussen Nederland en Hong Kong geldende verdrag: "Elke Overeenkomstsluitende Partij kent in haar gebied aan investeringen of opbrengsten van investeerders van de andere Overeenkomstsluitende Partij een behandeling toe die niet minder gunstig is dan die welke zij toekent aan investeringen of opbrengsten van haar eigen investeerders of aan investeringen of opbrengsten van investeerders van andere Staten, naar gelang van wat het gunstigst is voor de betrokken investeerder."

22 Zie HvJ EU, 6 maart 2018, Slowaakse Republiek tegen Achmea BV (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=eccli:ECLI:EU:C:2018:158> en vervolg-jurisprudentie).

23 Zie ook Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635, r.o. 5.4.

het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu of de rechtspersoon.²⁴

In het hiernavolgende wordt eerst nagegaan of sprake is van eigendom en of het Voornemen leidt tot regulering van eigendom of tot onteigening daarvan. Vervolgens worden de drie eisen die artikel 1 EP EVRM aan onteigening stelt, behandeld en wordt nagegaan in hoeverre het Voornemen in lijn is met deze eisen.

3.1 *Is sprake van eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM*

Zoals aangegeven, leidt het Voornemen ertoe dat warmtebedrijven verplicht zijn om tenminste 51% van hun aandelen (met de bijbehorende zeggenschap) na afloop van de Overgangperiode over te dragen aan publieke partijen. Het Europese Hof van de Rechten voor de Mens (EHRM) hanteert een breed eigendomsbegrip dat niet is beperkt tot materiële zaken, en beschouwt ook rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen als eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM.²⁵ Het EHRM heeft reeds geoordeeld dat aandelen vallen onder het eigendomsbegrip van artikel 1 EP EVRM.²⁶ De aandelen van warmtebedrijven zijn derhalve aan te merken als eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM.

3.2 *Is sprake van ontneming of regulering van het eigendomsrecht?*

Overheidsbeleid kan zowel via regulering als via ontneming inbreuk maken op het eigendomsrecht. Nu is vastgesteld dat de aandelen kwalificeren als eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM, dient te worden vastgesteld of het Voornemen leidt tot regulering of ontneming van eigendom. Van onteigening is sprake indien het beschikkingsrecht over het eigendom verloren gaat als gevolg van een juridische dan wel feitelijke eigendomsoverdracht.²⁷ Regulering van eigendom is aan de orde indien de gebruiksmogelijkheden van het eigendom worden beperkt, zonder dat het beschikkingsrecht over het eigendom (geheel) verloren gaat.²⁸ Ook kunnen de gebruiksmogelijkheden van eigendom zodanig worden beperkt dat sprake is van *de facto* onteigening. Van ontneming van eigendom is sprake als het beschikkingsrecht verloren gaat. De grens tussen onteigening en regulering bakent het EHRM overigens niet altijd scherp af, en in veel gevallen laat het EHRM in het midden of het in een zaak om ontneming dan wel regulering van eigendom gaat.²⁹ Dit is wat ons betreft soms weliswaar onhandig, maar niet onbegrijpelijk. Het onderscheid tussen onteigening en regulering

van eigendom is niet beslissend voor de vraag of de inbreuk op artikel 1 EP EVRM (on)rechtmatig is, maar is vooral van belang voor de mate waarin de onteigende partij dient te worden gecompenseerd, waarop hieronder nader wordt ingegaan.

Om te beoordelen of het Voornemen leidt tot (de facto) onteigening of regulering, moet worden gekeken naar het effect van het Voornemen. Het Voornemen zal verplicht een juridische én feitelijke overdracht van 51% van de aandelen (en de bijbehorende zeggenschap) in een warmtebedrijf behelzen, met als gevolg dat warmtebedrijven het beschikkingsrecht over deze aandelen volledig verliezen. De desbetreffende warmtebedrijven kunnen hun aandelen niet verkopen aan een partij naar hun keuze, maar zijn verplicht deze over te dragen aan een publieke partij. Om die reden leidt het Voornemen tot onteigening.

In de situatie dat warmtebedrijven hun aandelen na de Overgangperiode niet overdragen, moeten zij hun activiteiten ernstig inkrimpen. Warmtebedrijven mogen dan geen netten meer beheren en mogen geen warmte leveren. Wanneer warmtebedrijven hun aandelen dan niet zouden overdragen, zou dat alsnog leiden tot de facto onteigening, omdat zij een groot deel van hun bedrijfsvoering niet meer kunnen uitoefenen en hun investeringen niet meer te gelde kunnen maken.

Een enigszins vergelijkbaar vraagstuk (of sprake was van regulering van eigendom of van onteigening) deed zich voor bij de inwerkingtreding van het in de Wet onafhankelijk netbeheer neergelegde groepsverbod. Op basis van dit groepsverbod mochten netbeheerders niet langer onderdeel uitmaken van een groep waartoe ook een onderneming behoort die in Nederland elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt. Het groepsverbod bracht mee dat netbeheerders hun netbeheerdersactiviteiten en commerciële activiteiten moesten splitsen. Deze splitsing moest ofwel worden geëffectueerd door vervreemding van de aandelen in de vennootschappen waarin de eigendom en het beheer van transportnetten voor elektriciteit en gas waren ondergebracht, ofwel door vervreemding van de aandelen in de vennootschappen die zich bezighielden met de productie, handel en levering van elektriciteit en gas.

Delta N.V. (Delta), was actief op de markten voor de productie, levering, transport en handel in elektriciteit, en een van haar dochtervennootschappen was netbeheerder. De aandelen in Delta werden gehouden door 'de provincie Zeeland (50%), gemeenten in Zeeland en de provincies Noord-Brabant en Zuid-Holland'.³⁰ Delta vorderde in een procedure tegen de gedwongen splitsing een verklaring voor recht inhoudende dat 'door toepassing van het groepsverbod artikel 1 EP EVRM wordt geschonden'.³¹ In deze zaak werd geoordeeld

24 Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635, 30 november 2022, r.o. 5.7.

25 EHRM 23 februari 1995, ECLI:NL:XX:1995:AV7914, r.o. 53.

26 Zie bijvoorbeeld EHRM 7 november 2002, JOR 2003, 112 m.nt. G.-J. Vossestein (*Olczak/Poland*), r.o. 60.

27 EHRM 22 mei 1998, nr. 27053/95, ECLI:CE:ECHR:1998:0522JUD002705395 (Vasilescu t. Roemenië), r.o. 44-54 en Papamichalopoulos t. Griekenland, EHRM 24 juni 1993, nr. 14556/89, ECLI:CE:ECHR:1993:0624JUD001455689, r.o. 45.

28 J.A.M.A. Sluysmans & N. van Triet, 'Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie', *NTE* 2019, nr. 5/6, p. 158-159.

29 *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 XV, 7, p. 4.

30 Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286, 1 november 2016, r.o. 2 onder (i).

31 Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286, 1 november 2016, r.o. 3.1.

dat het groepsverbod wijst op regulering van het eigendom en niet op ontneming.³² De motivering voor dit oordeel was dat aan het betrokken geïntegreerde energiebedrijf wordt overgelaten hoe zij aan het groepsverbod voldoet. Daarbij was Delta niet gehouden tot aandelenverkoop, maar zij zou ook kunnen kiezen voor juridische splitsing of afsplitsing op de voet van artikel 2:334a BW. Het hof concludeert dat van een formele (of feitelijke) onteigening van een onderdeel van de groep onder deze omstandigheden niet kan worden gesproken, aangezien '*De situatie dat de Staat zich door Delta gehouden aandelen toe-eigent dan wel in het publieke belang een dergelijke toe-eigening door een derde partijen toestaat of bewerkstelligt*', zich niet voordoet.³³ Daarbij acht het hof relevant dat artikel 1 EP EVRM er met name toe strekt op geld waardeerbare belangen te beschermen. Tot slot wijst de mogelijkheid dat de uiteindelijke begunstigden dezelfde kunnen blijven en hun belangen kunnen behouden op regulering van eigendom en niet op de ontneming daarvan, aldus het hof.³⁴

De aandeelhouders van warmtebedrijven zullen hun belang door het Voornemen 'gratis' moeten overdragen aan een derde partij. Daarin onderscheidt deze kwestie zich in belangrijke mate van de zaak van Delta. In het geval van het Voornemen eigent de overheid zich namelijk 51% van de aandelen toe, zonder daarvoor een vergoeding te betalen. Als gezegd is daarmee sprake van ontneming van eigendom. Om te beoordelen of de onteigening 'rechtmatig' is in de zin van artikel 1 EP EVRM, worden hierna de drie eisen die dit artikel stelt, afgelopen.

3.3 *Is de inmenging op het eigendomsrecht bij wet voorzien?*

De eerste eis die artikel 1 EP EVRM stelt, is dat een overheidsmaatregel die inbreuk maakt op een eigendomsrecht bij wet moet zijn voorzien.³⁵ Dit vereiste is vergelijkbaar met het nationale legaliteitsbeginsel, op grond waarvan eveneens geen inbreuk op het eigendom van burgers gemaakt mag worden tenzij een wet daarin voorziet.³⁶ In de jurisprudentie van het EHRM is dit vereiste verder uitgewerkt, en is geoordeeld dat de inbreuk voldoende precies, toegankelijk en voorzienbaar moet zijn, in die zin dat maatregelen voldoende nauwkeurig moeten zijn geformuleerd om individuen (of rechtspersonen) in staat te stellen hun gedrag hierop aan te passen.³⁷ Uit jurisprudentie volgt dat de toets

of de inmenging bij wet is voorzien, zeer summier is. Zo wordt bijvoorbeeld volstaan met de enkele stelling dat de maatregel die leidt tot onteigening voldoende voorzienbaar is geweest, gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende wet, en de stelling dat de desbetreffende regeling voldoende toegankelijk en precies is.³⁸

De precieze wettekst van het Voornemen is op dit moment nog niet bekend. Echter, gelet op het feit dat het Voornemen in de Wcw zal worden neergelegd, ligt het niet in de rede dat het Voornemen op dit vereiste zal stranden.

3.4 *Dient de inbreuk op het eigendomsrecht een gerechtvaardigd algemeen belang?*

Voorts dient het Voornemen een legitieme doelstelling te hebben en het algemeen belang te dienen. Staten hebben een ruime *margin of appreciation* bij het bepalen van wat het algemeen belang is, aangezien nationale overheden volgens het EHRM het beste kunnen beoordelen of een inmenging het algemeen belang dient.³⁹ In de jurisprudentie van het EHRM wordt dan ook al snel aangenomen dat de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang dient.⁴⁰

In zijn onlangs gepubliceerde discussienotitie⁴¹ over marktordening voor waterstof en *Carbon Capture Storage* schrijft Henri Bontebal (lid Tweede Kamer) dat marktfalen overheidsingrijpen rechtvaardigt. Hij stelt daarbij dat bij de keuze of de overheid wel of niet ingrijpt in een bepaalde markt altijd een afweging moet worden gemaakt, waarbij vier vragen centraal staan. Drie van deze vragen zijn in de context van het Voornemen erg interessant, namelijk (1) wat zijn de belangrijkste publieke belangen en op welke wijze en door wie kunnen deze het beste worden geborgd? (2) Is er sprake van marktfalen en zo ja, welke vorm van marktfalen? (3) Welke vorm van overheidsingrijpen is het meest geschikt om het marktfalen te corrigeren?

Onteigening is (in dit geval) de meest verstrekkende vorm van marktregulering. De Minister motiveert het Voornemen met de stelling dat hij verwacht dat de publieke regie op de warmtetransitie wordt versterkt en dat de publieke belangen door het Voornemen beter kunnen worden geborgd, ook op de lange termijn.⁴² De Minister beargumenteert in het Voornemen echter niet waarom versterking van de publieke regie op de warmtetransitie nodig is en waarom dat zal bijdragen aan de borging van het algemeen belang. Wanneer men kijkt naar bovenstaande, terechte vragen van Henri Bontebal, valt des te meer op dat de Minister op geen van deze vragen ingaat. Daar komt bij dat PWC

32 Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286, 1 november 2016, r.o. 3.7.2.

33 Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286, 1 november 2016, r.o. 3.7.2.

34 Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286, 1 november 2016, r.o. 3.7.2.

35 Zie ook 'ECHR Guide on Article 1 of Protocol No. 1 – Protection of property' (31.08.2022), rnr. 114, (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf).

36 E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G. Leenknecht, *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 46.

37 'ECHR Guide on Article 1 of Protocol No. 1 – Protection of property' (31.08.2022), rnr. 117 (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf) en Rechtsbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635, 30 november 2022, r.o. 5.13.

38 Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4285, 1 november 2016, r.o. 3.6.

39 EHRM 21 februari 1986, zaaknr. 8793/79 (James e.a. t. Verenigd Koninkrijk), r.o. 46.

40 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht (MM SBR)* 2016/4.11.3.

41 Zie 'Visie op een toekomstbestendige marktordening voor waterstof en CCS', 8 december 2022, p. 5.

42 Kamerbrief 21 oktober 2022, 'Wet collectieve warmtevoorziening, Besluit infrastructuur in publieke handen', p. 3.

in het rapport, dat zij op verzoek van het Ministerie van Economische zaken en Klimaat heeft opgesteld,⁴³ concludeert dat *'Een generieke verplichting dat alle infrastructuur in handen moet zijn van publieke partijen heeft als nadeel dat het de concurrentie, met name de concurrentie om de markt tijdens de aanwijzing van een warmtebedrijf, reduceert. Het aantal mogelijke partijen of consortia van partijen wordt sterk gereduceerd'*. Deze conclusie staat haaks op de (ongemotiveerde) wens om 'publieke belangen beter te borgen'.

Gelet op de recente gang van zaken rondom warmtebedrijven in een aantal grote gemeenten, is het maar zeer de vraag of de door de Minister genoemde publieke belangen daadwerkelijk kunnen worden geborgd met het Voornemen. Niet valt uit te sluiten dat het Voornemen juist zal leiden tot overheidsfalen waardoor de leveringszekerheid (een van de belangrijkste publieke belangen binnen het kader van energievoorzieningen) juist in het gedrang komt. De overheid voelt bovendien geen marktdruk en kan daardoor inefficiënt worden (waardoor de warmteprijs stijgt). Daarnaast is warmte een complex product en is het maar zeer de vraag of overheden voldoende kennis hebben (of kunnen verkrijgen) om succesvol een warmtebedrijf te voeren. Dit overheidsingrijpen zou juist averechts kunnen werken en tot verstoring van de markt kunnen leiden. Daarnaast blijkt uit de kamerbrief op geen enkele wijze dat op dit moment sprake is (van enige vorm) van marktfalen. Het is daarom zorgelijk dat op geen enkele wijze is gemotiveerd dat het overheidsingrijpen (zoals voorzien in het Voornemen) het algemene publieke belang dient.

Bovendien klinken in de media (de naar ons idee begrijpelijke) geluiden dat warmtebedrijven geen nieuwe warmtenetten meer zullen ontwikkelen als warmtenetten in publieke handen worden ondergebracht, en dat de aanleg van warmtenetten vertraging gaat oplopen.⁴⁴ PWC concludeert in dat verband *'het is aannemelijk dat private investeringen in de breedte en vrij snel terugvallen na de verplichting. Het overgangsrecht biedt naar verwachting weinig soelaas omdat slechts beperkte uitbreiding mogelijk is en gepaard gaat met onzekerheid'*. PWC adviseert dan ook *'het beleidsvoornemen te heroverwegen of tenminste aan te scherpen'*. In de kamerbrief gaat de Minister daaraan echter voorbij.

De Minister schrijft in de kamerbrief verder dat i) de keuze past bij 'het toenemende vitale karakter van collectieve warmtesystemen', ii) het Europese recht ruimte biedt om in geval van infrastructuur met een natuurlijk monopolie, publiek eigendom voor te schrijven om de publieke belangen te borgen,⁴⁵ iii) publiek eigendom van warmtenetten aansluit bij het Nederlandse beleid ten aanzien van andere vitale

infrastructuren zoals gas, elektriciteit, drinkwater en spoor, iv) het goed is dat de overheid via publieke bedrijven deelneemt in de ontwikkeling van collectieve warmte, zodat zij meedeelt in de risico's en voordelen ervan en v) hiermee tegemoet wordt gekomen aan de breed gedragen wens van gemeenten en provincies.

Het argument dat andere vitale infrastructuur in overheids handen is, is op zichzelf juist. Het doel van het overheidsaandeel hierin is in de regel het borgen van continuïteit van de vitale infrastructuur. Die continuïteit kan echter ook op andere manieren worden gewaarborgd zoals in paragraaf 3.7 wordt toegelicht. Bovendien garandeert het in overheids handen brengen van infrastructuur zeker niet altijd continuïteit. De aandelen van netbeheerders elektriciteit zijn al sinds de splitsing (het eerdergenoemde groepsverbod) in overheids handen. Dat heeft echter niet kunnen voorkomen dat zich op dit moment zeer ernstige transportcapaciteitsproblemen (congestie) voordoen. Deze congestie komt onder meer doordat de benodigde netverzwaringen niet op tijd zijn gedaan. Congestie maakt de uitrol van de energietransitie en bijvoorbeeld de bouw van nieuwe woningen op dit moment onmogelijk. Het feit dat een aantal lagere overheden graag een warmtebedrijf wil exploiteren, is op zichzelf ook geen legitieme reden om te kiezen voor deze vorm van marktordening. Lagere overheden zouden ook gewoon een warmtebedrijf kunnen oprichten en daarmee de warmtevoorziening in nieuwe warmtekavels kunnen uitrollen.

Kortom, de 'onderbouwing' van het Voornemen is wat ons betreft bepaald niet overtuigend en maakt op geen enkele wijze duidelijk dat de onteigening een gerechtvaardigd algemeen belang dient. Naar ons idee voldoet het Voornemen op dit punt dan ook niet aan de eisen van artikel 1 EP EVRM en is de beoogde onteigening onrechtmatig.

3.5 Is er sprake van een 'fair balance'?

Op grond van dit vereiste dient een rechtvaardig evenwicht te bestaan tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van de warmtebedrijven (als onteigende partijen). Er is geen sprake van een *fair balance* wanneer het eigendomsrecht dusdanig wordt aangetast dat warmtebedrijven een 'individuele en excessieve' last zullen moeten dragen, waarbij een eventuele schadeloosstelling een rol speelt, zoals hieronder wordt toegelicht.⁴⁶ Bij deze beoordeling moeten alle relevante omstandigheden van het geval, bezien in onderling verband, worden betrokken.⁴⁷ Hieronder zullen we ingaan op de aard en de ernst van de onteigening, op de (dis)proportionaliteit daarvan, op de voorzienbaarheid en de doelmatigheid van het Voornemen. Tot slot wordt kort ingegaan op de Overgangsperiode waarin het Voornemen voorziet en het ontbreken van een hardheidsclausule.

43 Zie het rapport *'Effecten van publiek eigendomsverplichting op de realisatiekracht voor collectieve warmtesystemen'* van 5 augustus 2022.

44 Zie bijvoorbeeld H. Nauta, 'Vattenfall staakt de aanleg van warmtenetten vanwege overheidsplannen', *Trouw*, 21 oktober 2022.

45 *Kamerstukken II* 32813, 2021/22, p. 6. Hierin wordt aangegeven dat een natuurlijk monopolie bestaat als er sprake is van dermate hoge investeringskosten van infrastructuur dat het dupliceren hiervan zowel economisch als maatschappelijk niet efficiënt is.

46 A.J.P. Schild, 'De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht', p. 139 e.v.

47 Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635, 30 november 2022, r.o. 5.15.

Aard en ernst onteigening

In de eerste plaats zijn de aard en ernst van de onteigening relevant. Zoals aangegeven, heeft het Voornemen tot gevolg dat 51% van de aandelen van warmtebedrijven zonder vergoeding moet worden overgedragen. Dat betekent dat warmtebedrijven als gevolg van de invoering van het Voornemen de zeggenschap over hun onderneming verliezen. Warmtebedrijven kunnen weliswaar 49% van hun aandelen behouden, en verliezen hun onderneming dus niet geheel, maar zij hebben niet langer een beslissende stem in hun bedrijf. Als warmtebedrijven de aandelen niet overdragen, kunnen zij hun bedrijfsactiviteiten nog enkel op eerdergenoemde door de Wcw voorgeschreven (uitgeklede) wijze voortzetten.

Bij onteigening geldt als uitgangspunt dat een volledige vergoeding als compensatie moet worden aangeboden.⁴⁸ Naarmate de inmenging zwaardere negatieve gevolgen heeft, moet – zo volgt uit de jurisprudentie van het EHRM – een ruimere compensatie worden geboden om te voldoen aan het 'fair balance' vereiste.⁴⁹ De warmtebedrijven zullen (anders dan de Minister in de kamerbrief aanneemt) dan ook een redelijke vergoeding moeten ontvangen voor de over te dragen aandelen, wil het Voornemen kunnen voldoen aan de vereisten van artikel 1 EP EVRM.

Proportionaliteit

Ten tweede kan op goede gronden worden betoogd dat het Voornemen niet proportioneel is. Uit het Voornemen volgt niet waarom een minder vergaande oplossing niet tot hetzelfde gewenste resultaat zou leiden. Dit klemt te meer nu de wetgever aanvankelijk zelf ook van oordeel was dat het voorschrijven van publiek eigendom niet proportioneel is. In de toelichting bij de concept Wcw staat namelijk:

"(...) anders is dan de context voor collectieve warmtesystemen. Er is hier immers al sprake van een hybride markt met publieke en private spelers. Al deze partijen zullen nodig zijn om de groei van collectieve warmtesystemen te realiseren. Bovendien omvat de wettelijke taak bij collectieve warmtesystemen meer dan alleen het beheer en exploitatie van het fysieke warmtenet (het transport van warmte) maar omvat deze een integrale verantwoordelijkheid voor de warmtelevering (warmteaanbod, -transport en -levering). Het in deze situaties voorschrijven van publiek eigendom zou een ingrijpende maatregel zijn en gegeven de uitgangssituatie en de breedte van de wettelijke verantwoordelijkheid niet-proportioneel zijn. De publieke belangen bij de collectieve warmtesystemen worden daarom op andere wijze geborgd."⁵⁰

Uit het Voornemen volgt niet dat het nemen van minder vergaande maatregelen is overwogen. Een minder vergaande

oplossing om de publieke regie op de warmtetransitie te versterken en de publieke belangen beter te kunnen borgen, zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat een screening (vergelijkbaar met de screening zoals neergelegd in de Verordening (EU) 2019/452 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie) moet worden uitgevoerd voor warmtebedrijven die als warmtebedrijf in de zin van de Wcw worden aangewezen. Hetzelfde kan gelden voor partijen die investeren in aangewezen warmtebedrijven. Met zo een screening zou ook kunnen worden geborgd dat warmtebedrijven in handen blijven van gerenommeerde partijen en dat de publieke belangen worden geborgd.

Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt dat, om vast te stellen of het Voornemen voldoet aan het vereiste van proportionaliteit tussen de inmenging in het recht op eigendom en het daarmee nagestreefde doel, de bepalingen in de wet met betrekking tot schadeloosstelling van essentieel belang zijn. Normaal gesproken zal ontneming van eigendom zonder dat daar een redelijke vergoeding tegenover staat, een disproportionele inmenging opleveren.⁵¹

Voorzienbaarheid

Verder kan worden betwijfeld of het Voornemen (afdoende) voorzienbaar is. Bij de voorzienbaarheid in het kader van de *fair balance* toets gaat het om de gerechtvaardigde verwachting die warmtebedrijven met betrekking tot het gebruik van hun eigendom hebben.⁵² Warmtebedrijven mochten er gerechtvaardigd op vertrouwen dat een maatregel zoals vervat in het Voornemen achterwege zou blijven en dat warmtebedrijven het volledige eigendom over hun onderneming zouden behouden.⁵³ Tot op heden heeft de Minister niet gemotiveerd waarom het publieke belang is gediend met het Voornemen. Daarnaast is de inhoud van de Wcw reeds lange tijd onderwerp van het maatschappelijke debat, en het uitgangspunt is steeds geweest dat de overheid meer regie moet krijgen. Het krijgen van deze regie wordt echter al bewerkstelligd door de bevoegdheid van gemeenten om warmtekavels en warmtebedrijven aan te wijzen. De onteigening van 51% van de aandelen van warmtebedrijven is echter dusdanig ingrijpend dat kan worden betoogd dat

51 EHRM 8 juli 1986, nrs..9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81 (Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57526>, rov. 109 en EHRM 9 december 1994, nr. 13092/87, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57906> (The Holy Monasteries t. Griekenland), r.o. 71-75, NJ 1996/374, m.nt. E.A. Alkema.

52 Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:12628, 30 november 2022, r.o. 5.14.2.

53 Zie ook *Kamerstukken II* 2021/22, 30196, nr. 768 (en bijlage). In deze kamerbrief van 28 september 2021 heeft de voorganger van de Minister (de toenmalig demissionaire Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat) het advies van de Landsadvocaat gehecht (bijlage) waarin door de Landsadvocaat wordt bevestigd dat "de behoefte van gemeenten om vooraf een expliciete voorkeur uit te kunnen spreken voor een bepaald type warmtebedrijf, te weten publiek, privaat of een samenwerkingsvorm, op gespannen voet staat met het in het wetsvoorstel gekozen uitgangspunt dat allerlei type warmtebedrijven op gelijke voet moeten kunnen deelnemen aan de beoogde ontwikkeling en groei van de warmtemarkt. Binnen dat uitgangspunt is die behoefte ook niet verenigbaar met Europees recht".

48 Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635, 30 november 2022, r.o. 5.16.

49 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht (MM SBR)* 2016/4.11.3.

50 *Kamerstukken II*, concept memorie van toelichting Wcw, p. 59.

deze valt buiten de reikwijdte van maatregelen waarvan de mogelijke invoering redelijkerwijs kon worden verwacht.

Doelmatigheid

Voorts kunnen vraagtekens worden gezet bij de doelmatigheid van het Voornemen. Een maatregel die inbreuk maakt op het eigendomsrecht dient volgens vaste rechtspraak van het EHRM geschikt te zijn om het doel dat met die maatregel wordt nagestreefd, te bereiken.⁵⁴ Het doel van het Voornemen is dat de Minister 'verwacht' de publieke regie op de warmtetransitie te versterken en de publieke belangen, ook op de lange termijn, beter te kunnen borgen. Zoals gezegd is het naar ons idee maar zeer de vraag of het Voornemen kan leiden tot borging van de publieke belangen op de lange termijn. Alhoewel de Minister niet noemt welke publieke belangen met het Voornemen worden geborgd, ligt het in de rede dat daarmee de leveringszekerheid en de betaalbaarheid worden bedoeld. Het in overheidshanden brengen van energievoorzieningen leidt zeker niet altijd tot leveringszekerheid. In dat verband noemden wij hierboven reeds de congestie op elektriciteitsnetten. Het in overheidshanden brengen van de warmtevoorziening is geen enkele garantie wat betreft betaalbaarheid. Zoals gezegd hebben overheden geen concurrentieprikkels en is het de vraag of zij (daardoor en vanwege een gebrek aan kennis) efficiënt een warmtebedrijf kunnen voeren. Daarnaast zijn de prijzen voor netbeheer de afgelopen jaren ook flink gestegen. Wij vragen ons dus zeer af of kan worden gesteld dat het Voornemen geschikt is om de daarmee beoogde doelen te bereiken.

Overig

Verder is het de vraag is of de overgangstermijn warmtebedrijven voldoende in staat stelt schadebeperkende maatregelen te nemen. Het Voornemen voorziet in een overgangstermijn van (hoogstwaarschijnlijk) 20 tot 30 jaar. Het bieden van een overgangstermijn om warmtebedrijven de gelegenheid te geven (een deel van) hun investeringen terug te verdienen, kan een adequate mogelijkheid zijn om warmtebedrijven in staat te stellen hun schade te beperken.⁵⁵ Echter, het idee van de Minister lijkt ervan uit te gaan dat warmtebedrijven ervoor kunnen kiezen om vanaf het moment van bekendmaking van het Voornemen geen investeringen meer te doen. Zo werkt dat natuurlijk niet. In een *going concern* zullen gedurende deze overgangperiode geregeld investeringen moeten worden gedaan. Wanneer een bron wegvalt, zal een nieuwe bron moeten worden gevonden. Het aanboren van een nieuwe bron vergt in de regel een investering. Ook zal daarvoor veelal nieuwe transportinfrastructuur moeten worden aangelegd. Daarnaast is de technische levensduur van warmte-infrastructuur in de regel veel langer dan 20 of 30 jaar. Daarbij blijft het een gegeven dat de warmtebedrijven hun aandelen moeten overdragen na de Overgangperiode en om die reden zullen zij sowieso altijd een schadevergoeding moeten ontvangen.

Kortom, het feit dat het Voornemen in een overgangstermijn voorziet, betekent in dit specifieke geval niet dat geen schadevergoedings- of compensatieplicht bestaat.⁵⁶

Tot slot voorziet het Voornemen (zoals gepresenteerd in de kamerbrief) niet in een hardheidsclausule of een andere adequate voorziening op grond waarvan warmtebedrijven die excessief worden getroffen een beroep kunnen doen om bijvoorbeeld een financiële tegemoetkoming te krijgen om de pijn te verzachten. Dat betekent dat warmtebedrijven in geen enkel geval aanspraak kunnen maken op een tegemoetkoming, aangezien de Wcw geen adequate regeling bevat voor warmtebedrijven die onvoorzien en onredelijk worden benadeeld.

3.6 Conclusie artikel 1 EP EVRM

Kortom, het Voornemen voldoet naar ons idee niet aan de vereisten van artikel 1 EP EVRM. Het Voornemen i) is onvoldoende voorzienbaar, ii) is niet doelmatig in die zin dat niet is aangetoond dat een minder ingrijpende maatregel geen optie was, iii) biedt geen (toereikende) compensatie- of schadevergoedingsregeling, iv) voorziet niet in een overgangstermijn die warmtebedrijven in staat stelt schadebeperkende maatregelen te nemen en v) bevat geen hardheidsclausule. Het Voornemen leidt om die reden tot onrechtmatige ontneming van eigendom en kan om die reden niet in stand blijven.

4. Afsluitende opmerkingen

Het is naar ons idee onmiskenbaar duidelijk dat het Voornemen leidt tot onrechtmatige onteigening. Nu het Voornemen niet voorziet in een schadevergoedings- of compensatieregeling voor de overdracht door de warmtebedrijven van 51% van hun aandelen, is het Voornemen in strijd met de vereisten van artikel 1 EP EVRM.

De Minister heeft het Voornemen nog niet in een wetsvoorstel vervat. Mogelijk zal het wetsvoorstel dat uiteindelijk wordt ingediend wel voorzien in een financiële compensatie. Het wetsvoorstel moet na indiening nog langs de Raad van State. Voordat de Raad van State groen licht kan geven voor het wetsvoorstel, zijn er naar ons idee nog wel wat noten te kraken.

Er wordt op dit moment hard gewerkt om de gebouwde omgeving te verduurzamen. De aanleg en exploitatie van collectieve warmtesystemen is daarvoor onontbeerlijk en daarbij kan samenwerking tussen overheden en private warmtebedrijven zeker nuttig zijn. Het is echter de vraag of een dusdanig vergaande maatregel zoals voorgesteld in het Voornemen, namelijk het onteigenen van 51% van de aandelen van warmtebedrijven, doelmatig en vereist is om de publieke regie op de warmtetransitie te versterken en

54 Rechtsbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:12628, 30 november 2022, r.o. 5.18.

55 HR 9 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, r.o. 2.34 sub d, met verwijzing naar EHRM 13 januari 2015, nr. 65681 (*Vekony t. Hongarije*) r.o. 34.

56 'ECHR Guide on Article 1 of Protocol No. 1 – Protection of property' (31.08.2022), rnr. 184 (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf) en EHRM 6 oktober 2010, nr.40349/05 (Yetiş e.a. t. Turkije), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99782>, rov. 52.

de publieke belangen beter te borgen. Het antwoord op die vraag is wat ons betreft met klem ontkennend. Er zijn immers ook andere minder verstrekkende mogelijkheden om de publieke regie op de warmtetransitie te versterken en de publieke belangen beter te borgen. Het nut en de noodzaak voor een grotere rol van overheden in de warmtemarkt dan was voorzien in de 2020 versie van de Wcw is ons (ook na het lezen van de kamerbrief) nog steeds niet duidelijk. Het Voornemen zou er bovendien toe kunnen leiden dat een publiek warmtebedrijf dat (gedurende de ingroeiperiode) 'inschrijft' met hogere warmtetarieven in de selectieprocedure wordt verkozen boven een 'gewoon' privaat warmtebedrijf dat met lagere warmtetarieven heeft ingeschreven.

In het huidige tijdgewricht waarin de kosten van energie oplopen, Nederland voor een enorme uitdaging staat op het gebied van de energietransitie, allerlei belangrijke wetgevingstrajecten veel vertraging oplopen (met alle onzekerheid van dien) en we mogelijk op de rand van een enorme recessie staan, is het naar ons idee niet verstandig om warmtebedrijven te gaan nationaliseren (met alle gevolgen van dien). Dat geldt temeer nu de argumenten om dat te doen (ons in ieder geval) geenszins overtuigen.