

# ECLI:NL:CBB:2022:184

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	26-04-2022
Datum publicatie	26-04-2022
Zaaknummer	20/1009
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Tussenuitspraak bestuurlijke lus
Inhoudsindicatie	Warmtewet. Vaststelling maximumtarieven 2020. Maximumtarieven voor afleversets en gebruiksonafhankelijk deel voor levering van warmte.  ACM heeft de vermogenskostenvergoeding die zij heeft opgenomen in de maximum huurtarieven voor afleversets ten onrechte niet gebaseerd op de daadwerkelijke gemiddelde kosten van vreemd vermogen van de warmteleveranciers.
Wetsverwijzingen	Warmtewet
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

tussenuitspraak

---

### COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 20/1009

**tussenuitspraak van de meervoudige kamer van 26 april 2022 in de zaak tussen**

- 1. Vereniging Energie-Nederland,**
- 2. SVP Distributie & Levering B.V.,**
- 3. Eteck Energie Techniek B.V. en Eteck Exploitaties B.V. en haar in bijlage 1 bij het beroepschrift opgenomen dochterondernemingen,**
- 4. Ennatuurlijk B.V. (Ennatuurlijk),**
- 5. Vattenfall Warmte N.V. (Vattenfall),**
- 6. Westpoort Warmte B.V.,**
- 7. Eneco Warmte & Koude Leveringsbedrijf B.V. (Eneco),**
- 8. HVC Energie B.V.,**
- 9. Vaanster B.V., Vaanster I B.V., Vaanster III B.V., Vaanster IV B.V., Vaanster V B.V., Vaanster VI B.V., Vaanster VII B.V., Vaanster IX B.V., Vaanster X B.V. Vaanster XI B.V. en Vaanster XIV**

## **B.V..**

appellanten

(gemachtigden: mr. J.E. Janssen en mr. V.V. Jacobs),

en

## **de Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster**

(gemachtigden: mr. B.O.N van Hemessen, mr. M. Vleggeert en mr. J. de Vries).

## **Procesverloop**

Bij besluit van 19 december 2019 heeft ACM op grond van de Warmtewet de maximumtarieven voor warmtelevering, de verhuur van afleversets, de eenmalige aansluitbijdrage, de afsluitbijdrage en het meettarief van warmteleveranciers per 1 januari 2020 (Tarievenbesluit warmteleveranciers 2020) vastgesteld.

Bij besluit van 6 oktober 2020 (het bestreden besluit) heeft ACM het bezwaar van appellanten ongegrond verklaard.

Appellanten hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

Ten aanzien van een aantal stukken die ACM verplicht is over te leggen, heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissing van 9 december 2021 (ECLI:NL:CBB:2021:1064) heeft het College de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht. De andere partijen hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 1 februari 2022.

Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Namens appellanten is tevens het woord gevoerd door H [naam 1] en [naam 2] en namens ACM door [naam 3] en [naam 4] .

## **Overwegingen**

Het geschil

1. Per 1 januari 2020 is de Warmtewet gewijzigd. Het Tarievenbesluit warmteleveranciers 2020 is het eerste tarievenbesluit dat ACM op grond van de gewijzigde regelgeving heeft genomen.
2. Warmteleveranciers beschikken over een monopolie op levering van warmte aan de op hun net aangesloten kleinverbruikers. Bij de invoering van de Warmtewet in 2014 zijn de tarieven voor levering van warmte gereguleerd. Het wettelijke maximumtarief voor levering aan kleinverbruikers is gebaseerd op een gasreferentie, op basis van het zogenoemde niet-meer-dan-anders-principe (NMDA). Dit principe houdt in dat de prijs die een kleinverbruiker betaalt, wordt afgeleid van de gemiddelde kosten die eenzelfde kleinverbruiker zou maken, wanneer hij door middel van een gasvoorziening in zijn warmtebehoefte zou voorzien. Bij de wijziging van de Warmtewet per 1 januari 2020 is dit niet veranderd; het NMDA-principe is gehandhaafd. De wijziging betreft de invoering van een aantal nieuwe elementen in de tariefregulering en een aantal andere aanpassingen van de bestaande regelgeving.
3. Appellante 1 is de branchevereniging voor energiebedrijven. Appellanten 2 tot en met 9 zijn warmteleveranciers. Het geschil gaat over de maximumtarieven die ACM heeft vastgesteld voor het beschikbaar stellen van afleversets en voor het gebruiksonafhankelijke deel voor de levering van warmte.
4. Met de wijziging per 1 januari 2020 heeft de wetgever voor het eerst gekozen voor wettelijke maximumtarieven voor afleversets. Er zijn individuele en collectieve afleversets. Een individuele afleverset vormt de verbinding tussen het centrale warmtenet van de warmteleverancier en de binneninstallatie van de afnemer. Een collectieve afleverset betreft het in pandige leidingstelsel bestemd voor meerdere gebruikers. Alleen een warmteleverancier mag een afleverset installeren en onderhouden. De wetgever heeft hiervoor gekozen om de veiligheid van afnemers te borgen en een goed functionerend warmtenet te garanderen (Kamerstukken II 2016-2017, 34 723, nr. 3, p. 19). ACM heeft maximum huurtarieven vastgesteld voor zes verschillende soorten afleversets.
5. Het maximumtarief voor de levering van warmte is opgebouwd uit een gebruiksafhankelijk deel en een gebruiksonafhankelijk deel. Met de wijziging van de Warmtewet is het mogelijk gemaakt dat voor aansluitingen van meer dan 100 kW voor het gebruiksonafhankelijk deel een andere maximumprijs wordt vastgesteld dan voor aansluitingen van maximaal 100 kW. ACM heeft voor centrale aansluitingen groter dan 100 kW een opslag vastgesteld per kW boven 100 kW.

#### Maximumtarieven voor afleversets; kostenvoet vreemd vermogen in de WACC

6.1 De eerste grond van appellanten gaat over de vermogenskostenvergoeding die ACM heeft opgenomen in de maximum huurtarieven voor afleversets.

6.2 In het Tarievenbesluit warmteleveranciers 2020 en het bestreden besluit heeft ACM toegelicht hoe zij de maximum huurtarieven voor afleversets heeft berekend. ACM baseert deze tarieven op twee componenten: de gemiddelde jaarlijkse kapitaalkosten en de gemiddelde jaarlijkse operationele kosten. De kapitaalkosten bestaan uit afschrijvingskosten en een vermogenskostenvergoeding. ACM bepaalt de vermogenskosten voor de warmteleverancier door te kijken naar het rendement dat verschaffers van vreemd vermogen (financiers) en verschaffers van eigen vermogen (aandeelhouders) redelijkerwijs mogen verwachten. De vermogenskostenvoet is een gewogen gemiddelde van de kostenvoet van vreemd vermogen en de kostenvoet van eigen vermogen. Deze gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet wordt de WACC (Weighted Average Cost of Capital) genoemd. ACM gaat uit van een normatieve vermogenskostenvoet. De norm 'redelijk rendement dat in het economisch verkeer gebruikelijk is', houdt volgens ACM een zekere objectivering in. ACM hanteert naar eigen zeggen de standaard ACM-methodiek voor de WACC. ACM schat de vermogenskosten van een efficiënt gefinancierd bedrijf met een vergelijkbaar risicoprofiel als de warmteleveranciers. Voor de kostenvoet vreemd vermogen maakt ACM in dit geval gebruik van de Bloomberg BBB+ credit rating utility (obligaties) index met een looptijd van

tien jaar (vergelijkingsgroep). ACM heeft de kostenvoet vreemd vermogen vastgesteld op 2,25%.

6.3 Appellanten voeren aan dat ACM zich met betrekking tot de kostenvoet vreemd vermogen voor de WACC van de afleversets niet had mogen baseren op aannames omtrent een efficiënt warmtebedrijf. In plaats daarvan had ACM moeten kijken naar de gemiddelde daadwerkelijke rentekosten van vreemd vermogen van de warmteleveranciers. Dat is volgens appellanten niet alleen mogelijk onder de tariefsystematiek op grond van de Warmtewet, maar ook aangewezen om recht te doen aan de grote verschillen tussen warmteleveranciers, warmtesystemen en de daarmee gepaard gaande marktrisico's. De verschillen brengen met zich dat de financiering en daarmee de rentekosten van warmteleveranciers niet goed vergelijkbaar zijn. Allereerst is er een groot verschil in de omvang van de activiteiten tussen warmteleveranciers die op de Nederlandse markt actief zijn. Er zijn bedrijven die hele stadswijken bedienen, terwijl er ook bedrijven zijn met warmtenetten en WKO-projecten met een omvang van slechts enkele straten of huizenblokken. Tevens verschilt het type warmtebron, zoals restwarmte, biomassa, geothermie en aquathermie. Sommige warmteleveranciers produceren hun eigen warmte, anderen kopen warmte in van een derde. Ook de afstand waarover warmte wordt getransporteerd verschilt, net als de temperatuur van de warmte. Een belangrijk ander verschil ziet op de governancestructuur van de bedrijven. Bedrijven als Eneco en Vattenfall maken deel uit van grote energieconcerns die ook actief zijn op de gas- en elektriciteitsmarkt. Bedrijven als Ennatuurlijk houden zich alleen bezig met warmte. Verder is een aantal warmteleveranciers volledig in eigendom van lagere overheden, terwijl andere bedrijven private aandeelhouders hebben of de structuur hebben van een coöperatie. Ten slotte zijn ook lokale verschillen relevant voor de benodigde investeringen. Zo moeten warmteleveranciers rekening houden met de lokale (beleids)kaders.

Appellanten zien voorts niet in dat de door hen voorgestelde systematiek in strijd zou zijn met het vaststellen van een normatieve WACC. Zij stellen immers niet voor om per warmteleverancier een (individuele) kostenvoet vreemd vermogen vast te stellen. ACM kan zich bijvoorbeeld baseren op het gemiddelde van de daadwerkelijke rentekosten die warmteleveranciers betalen, al dan niet met toepassing van een geobjectiverde correctie waar dat passend is.

De methode die ACM toepast voor het vaststellen van de WACC is volgens appellanten in strijd met de bedoeling van de wetgever. Door de wetgever is gesignaleerd dat de beoogde groei van de warmtenetten, conform het kabinetsbeleid uit de Warmtevisie (Kamerstukken II, 2014-2015, 30196, nr. 305) niet van de grond zou komen als het risico op onvoldoende rendement te groot is (Kamerstukken II, 2016-2017, 34723, nr. 3, p. 10). Met betrekking tot de nieuwe componenten in de tariefregulering (onder meer tarieven voor het beschikbaar stellen van afleversets) geeft de wetgever aan dat wordt gekozen voor een op kosten gebaseerde regulering, waarbij de maximumtarieven gebaseerd zijn op werkelijke kosten. Dit uitgangspunt staat op gespannen voet met de wijze waarop ACM de kostenvoet vreemd vermogen heeft bepaald. Voor een soort efficiëntieprikkel door uit te gaan van een BBB+ credit rating is gelet op dit uitgangspunt geen plaats. Er zijn volgens appellanten goede redenen om af te wijken van de standaard ACM-methodiek, juist omdat de warmtesector niet goed vergelijkbaar is met de gas- en elektriciteitssector en deze methodiek niet in lijn is met de bedoeling van de wetgever. Appellanten merken op dat onderzoeksbureau Ecorys in opdracht van appellanten onderzoek heeft gedaan naar de gemiddelde daadwerkelijke kosten van vreemd vermogen. ACM schuift het onderzoek terzijde met de opmerking dat de gebruikte dataset niet toereikend zou zijn. Dat is de wereld op zijn kop. ACM had dit onderzoek zelf moeten doen. ACM weet zonder onderzoek naar de feitelijke situatie van warmteleveranciers immers niet in hoeverre de situatie van de warmteleveranciers vergelijkbaar is met die van de bedrijven die onderdeel zijn van de gekozen vergelijkingsgroep.

Appellanten voeren subsidiair aan dat de rente-opslag voor de kostenvoet vreemd vermogen voor de afleversets te laag is vastgesteld doordat ACM is uitgegaan van een niet-representatieve BBB+ credit rating. Deze rating is alleen van toepassing op bedrijven als Eneco en Vattenfall en daarmee op de gediversifieerde energiebedrijven. Er is geen indicatie om aan te nemen dat deze credit rating representatief is voor de gehele warmtemarkt.

6.4 ACM stelt zich op het standpunt dat zij niet mag uitgaan van de daadwerkelijke kosten van vreemd vermogen van de warmteleveranciers. ACM dient één vermogenskostenvoet vast te stellen, waarbij moet worden uitgegaan van een redelijk rendement dat in het economisch verkeer gebruikelijk is. Wanneer ACM zich zou baseren op het gemiddelde van de daadwerkelijke rentekosten die warmteleveranciers betalen, kan zij niet vaststellen dat dat ook een redelijk rendement is dat in het economisch verkeer gebruikelijk is. Daarom moet ACM de vermogenskostenvoet exogeen bepalen. ACM heeft op juiste wijze invulling gegeven aan het wettelijke kader en de bedoeling van de wetgever door uit te gaan van de werkelijke aanschaf- en installatiekosten en daarbij een normatieve vermogenskostenvoet te hanteren.

Een rendement dat in het economisch verkeer gebruikelijk is, kan worden bepaald op basis van de rente die op de kapitaalmarkten gangbaar is voor Europese bedrijven met een vergelijkbaar risicoprofiel en vergelijkbare activiteiten. Om deze reden heeft ACM gekeken naar een index van Europese nutsbedrijven. ACM heeft Europe Economics om advies gevraagd voor de keuze van een credit rating. Op basis van dit advies heeft ACM uiteindelijk gekozen voor de BBB+ credit rating.

6.5.1 Het College overweegt als volgt. De regels voor het berekenen van de hoogte van het maximumtarief voor het in gebruik nemen van een afleverset zijn neergelegd in het Warmtebesluit. Op grond van artikel 5b, vijfde lid, van het Warmtebesluit kan ACM wat betreft de kapitaalkosten kiezen uit twee methodes voor de vaststelling van het (basis)tarief, namelijk, kort gezegd, op basis van de gemiddelde jaarlijkse kapitaalkosten van de leveranciers voor de desbetreffende categorie afleverset of op basis van de marktgegevens over de kosten van de desbetreffende categorie afleverset. ACM heeft gekozen voor de eerste methode. In de toelichting bij artikel 5b van het Warmtebesluit is over de kapitaalkosten opgemerkt dat de gemiddelde jaarlijkse kapitaalkosten bestaan uit de afschrijving en een vermogenskostenvergoeding ten aanzien van de aanschaf en installatie van de afleverset voor warmte voor de desbetreffende categorie. Ten aanzien van de vermogenskostenvergoeding stelt ACM een redelijk rendement vast (Stb 2019, 133, p. 28).

6.5.2 Anders dan ACM betoogt, volgt uit de norm 'redelijk rendement' niet noodzakelijkerwijs dat moet worden geabstraheerd van de daadwerkelijke kosten van de leningen die de warmteleveranciers hebben afgesloten. Dat in de andere sectoren met prijsregulering, zoals de gas- en elektriciteitssector, ook de norm 'redelijk rendement' wordt gehanteerd, betekent niet dat ACM deze norm in de warmtesector op dezelfde wijze dient in te vullen en dezelfde (standaard)methodiek dient te gebruiken voor de vaststelling van het redelijk rendement. In dit verband hebben appellanten er terecht op gewezen dat de warmtesector een andere context kent dan de gas- en elektriciteitssector. De tarieven van de netbeheerders in de gas- en elektriciteitssector dienen te worden gebaseerd op efficiënte kosten. In de warmtesector heeft de wetgever er echter voor gekozen het maximumtarief voor afleversets niet te baseren op efficiënte kosten, maar op de gemiddelde werkelijke kosten (Kamerstukken II, 2016-2017, 34723, nr. 3, p. 22). Het is de bedoeling van de wetgever, zo blijkt uit wetsgeschiedenis, dat de warmtenetten kunnen groeien. Het College volgt appellanten in hun betoog dat de wijze waarop ACM de vermogenskostenvoet vreemd vermogen in de WACC heeft vastgesteld op gespannen voet staat met dit doel. Een vermogenskostenvoet vreemd vermogen op basis van een BBB+ credit rating brengt het risico met zich dat met name kleinere ondernemingen – die juist mede bijdragen aan de groei van warmtenetten – zullen verdwijnen. Een kleine op zichzelf staande coöperatie zal immers doorgaans tegen hogere kosten een lening kunnen verkrijgen dan een onderneming met daadwerkelijk een BBB+ credit rating. Met name de kleinere onderneming zal dus een deel van de kosten niet vergoed krijgen via de tarieven en het risico lopen onvoldoende rendementen te behalen om te kunnen voortbestaan. Ook zal de prikkel voor kleinere ondernemingen om toe te treden verminderen.

ACM heeft er ter zitting op gewezen dat warmteleveranciers zich als monopolisten mogelijk niet efficiënt financieren, met als gevolg dat de kosten van deze inefficiënte financiering via

de tarieven terecht komen bij de kleinverbruikers. Dit gaat in tegen de bedoeling van de wetgever om kleinverbruikers te beschermen tegen het in rekening brengen van te hoge tarieven door de warmteleverancier-monopolist, aldus ACM. Het College overweegt dat het op zichzelf juist is dat de bescherming van de kleinverbruikers tegen het in rekening brengen van te hoge tarieven door de monopolist een (centrale) doelstelling is in de Warmtewet (Kamerstukken II 2016-2017, 34723, nr. 3, p. 4). Het College ziet echter geen grond om aan te nemen dat het gegeven dat de betrokken bedrijven monopolist zijn, er aan in de weg staat dat zij er naar zouden streven om zich tegen redelijke kosten te financieren. Hogere financieringskosten van sommige warmteleveranciers wijzen er op zichzelf ook niet op dat sprake is van inefficiënte financiering. Immers, de door appellanten genoemde verschillen tussen de warmteleveranciers kunnen gevolgen hebben voor de rentekosten die de verstrekkers van vreemd vermogen in rekening brengen. Het College merkt in dit verband op dat de kostenvoet vreemd vermogen waar Ecorys in haar in opdracht van appellanten verrichte onderzoek op uitkomt – 2,5% voor concernfinanciering en 3,11% voor projectfinanciering – er evenmin op wijst dat de warmteleveranciers zich gemiddeld tegen onredelijk hoge kosten hebben gefinancierd. Met betrekking tot het recht doen aan de doelstelling van bescherming van kleinverbruikers is verder van belang dat van maximumtarieven op basis van gemiddelde werkelijke kosten feitelijk al een prikkel zal uitgaan voor een warmteleverancier met bovengemiddelde kosten om de kosten omlaag te brengen, omdat de bovengemiddelde kosten niet vergoed worden via de tarieven. Het College ziet ook daarom geen reden om aan te nemen dat de vaststelling van de vermogenskostenvoet vreemd vermogen op basis van de daadwerkelijke rentekosten van de warmteleveranciers strijd oplevert met de doelstelling van de wetgever om de eindverbruiker te beschermen. Dit neemt niet weg dat het kan voorkomen dat een individuele warmteleverancier zich tegen onredelijk hoge kosten heeft gefinancierd. Bij de vaststelling van de kostenvoet vreemd vermogen dient ACM deze kosten dan buiten beschouwing te laten. De bewijslast dat de financieringskosten van een individuele warmteleverancier onredelijk hoog zijn, ligt bij ACM.

- 6.5.3 Op grond van het voorgaande is de conclusie dat de primaire beroepsgrond van appellanten slaagt. ACM heeft de vermogenskostenvoet vreemd vermogen in de WACC ten onrechte niet gebaseerd op de daadwerkelijke gemiddelde kosten van vreemd vermogen van de warmteleveranciers. Deze conclusie is niet anders als, zoals ACM doet, zou worden uitgegaan van de norm een redelijk rendement 'dat in het economisch verkeer gebruikelijk is'. Deze norm indiceert veeleer dat zou moeten worden aangesloten bij de daadwerkelijke vermogenskosten van de warmteleveranciers, omdat dit de kosten zijn die in het economisch verkeer van de warmtesector gebruikelijk zijn.
- 6.5.4 Gelet op het voorgaande behoeft de subsidiaire grond van appellanten over de door ACM gekozen credit rating geen bespreking.

#### Maximumtarieven voor afleversets; kostenvoet eigen vermogen in de WACC

7.1 Appellanten voeren aan dat de gehanteerde WACC voor afleversets ook wat betreft de kosten van het eigen vermogen onjuist is. Appellanten merken op dat deze beroepsgrond voortborduurt op de vorige beroepsgrond. Appellanten wijzen erop dat uit het onderzoek van Ecorys volgt dat de kosten van vreemd vermogen vrijwel gelijk of zelfs hoger zijn dan de door ACM vastgestelde kosten van eigen vermogen (3,11% versus 3,15%). In de praktijk vragen verschaffers van het eigen vermogen een hogere vergoeding, zij lopen immers meer risico. Dit is een duidelijke aanwijzing voor het feit dat ACM de kosten van het eigen vermogen eveneens verkeerd heeft vastgesteld. Dat de kosten hoger liggen, komt mede doordat de vaststelling van de risicovrije rentevoet voor het eigen vermogen een andere basis kent dan die voor de kosten van vreemd vermogen. In het laatste geval wordt namelijk gebruik gemaakt van het 'trapjesmodel' (zie hiervoor de uitspraak van het College van 12 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:15, r.o. 3.3.2) waardoor de rente wordt gebaseerd op gegevens over een langere periode. Als ACM opnieuw naar de kosten vreemd vermogen

moet gaan kijken, dan geldt hetzelfde voor de kosten eigen vermogen.

7.2 ACM stelt zich op het standpunt dat zij moeite heeft te doorgronden wat appellanten met deze beroepsgrond willen betogen. In de WACC-berekening van ACM is de kostenvoet eigen vermogen hoger dan de kostenvoet vreemd vermogen. Het betoog van appellanten mist daarom feitelijke grondslag.

7.3 Deze beroepsgrond slaagt niet. Het College acht de grond onvoldoende onderbouwd. Appellanten hebben niet aangevoerd wat ACM bij het vaststellen van de kostenvoet eigen vermogen anders had moeten doen. Daar komt bij dat, zoals appellanten zelf aangeven, er een mogelijke verklaring is voor het verschil, namelijk het gebruik van het trapjesmodel bij het vreemd vermogen, dat niet wordt gebruikt bij het eigen vermogen. Gelet op het voorgaande ziet het College geen grond voor het oordeel dat het slagen van de beroepsgrond over de kostenvoet vreemd vermogen zou moeten leiden tot het slagen van de grond over de kostenvoet eigen vermogen.

#### Maximumtarieven voor afleversets; aanvullende functionaliteiten CW-waarde

8.1 De derde beroepsgrond van appellanten gaat over de vaststelling van de jaarlijkse opslag en afslag voor aanvullende functionaliteiten in de maximumtarieven voor afleversets.

8.2 In het Tarievenbesluit warmteleveranciers 2020 en het bestreden besluit heeft ACM over deze vaststelling, voor zover relevant, het volgende opgemerkt. ACM stelt een aanvullende functionaliteit voor afleversets vast voor zover de kosten van een aanvullende functionaliteit zodanig significant zijn dat een apart tarief gerechtvaardigd is. ACM berekent de jaarlijkse minder-/meerkosten (afslag of opslag) van een aanvullende functionaliteit om het maximumtarief van de aanvullende functionaliteit vast te stellen. ACM bepaalt de afslag of opslag op basis van de kostengegevens van twintig warmteleveranciers over de periode 2016 tot en met 2018. Voor de CW-waarde kan ACM een afslag of opslag vaststellen voor de mate waarin de kosten voor een afleverset met CW-waarde van 3, 5 of 6 bij een individuele afleverset afwijken van een afleverset met CW-waarde 4. ACM heeft eerst de aanschaf- en installatiekosten van de afleversets met CW-waarden 3, 5 en 6 vastgesteld. Dit resulteert in de volgende kosten (exclusief BTW): CW3: € 579,20, CW5: € 1.119,18 en CW6: 961,79. Tijdens een bijeenkomst van 8 oktober 2019 hebben de warmteleveranciers gesteld dat de kosten voor een CW6-afleverset niet lager kunnen zijn dan de kosten van een CW5-afleverset, omdat de kosten voor gebruikte materialen voor de CW6-afleversets hoger zijn. Een hoger tarief voor een CW6 is volgens ACM echter niet objectief te rechtvaardigen op basis van de gerealiseerde kosten. ACM heeft daarom de (gewogen) gemiddelde aanschafkosten van afleversets met de CW waarden 5 en 6 tezamen vastgesteld op € 1.094,79. ACM berekent vervolgens het verschil tussen de kapitaalkosten van de CW-waarde 3, 5 en 6 en CW-waarde 4. Dit resulteert in de volgende jaarlijkse af- en opslagen (exclusief BTW): CW3: een afslag van € 31,16, CW5: een opslag van € 12,- en CW6 een opslag van € 12,- (per jaar).

8.3 Appellanten voeren aan dat de berekening van de maximum huurtarieven voor de afleversets in strijd is met artikel 5b, vijfde en zesde lid, van het Warmtebesluit, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. ACM heeft de berekening niet gebaseerd op eigen marktonderzoek, maar heeft gekeken naar de waarde van de afleversets in de boeken van de warmteleveranciers. Op grond van deze methodiek komt ACM tot de conclusie dat een afleverset met een CW-waarde 5 duurder is dan een afleverset met een CW-waarde 6. ACM heeft deze ongerijmdheid gecorrigeerd door een gewogen gemiddelde van de aanschaf- en installatiekosten van deze twee typen afleversets te nemen. Deze middelingsmethode is in strijd met artikel 5, zesde lid, van het Warmtebesluit.

De uitkomst van de berekening van de maximumtarieven voor de afleversets met een CW-waarde 3 is volgens appellanten even onlogisch. Volgens de berekening van ACM is een afleverset voor ruimteverwarming én tapwater met een CW-waarde 3 goedkoper dan een afleverset zonder de component warm tapwater. Dat kan volgens appellanten niet kloppen omdat de kosten van de

warmtewisselaar een aanzienlijk deel van de totale kosten van de combinatie afleverset (ruimteverwarming en tapwater) vertegenwoordigen. Appellanten wijzen erop dat ACM bij deze onlogische uitkomst de eerder bij afleversets met een CW-waarde 5 en 6 gebruikte middelingsmethode niet toepast. Dat maakt de wijze van berekening willekeurig.

Uit een inventarisatie die appellanten zelf hebben gedaan volgt dat een afleverset met CW-waarde 6 tussen de € 60,- en € 70,- duurder is dan een afleverset met CW-waarde 5. Hieruit blijkt een duidelijke prijsstap. Naarmate de CW-waarde toeneemt, wordt de afleverset duurder.

Appellanten verklaren het verschil in kosten tussen de afleversets met CW-waarde 5 en CW-waarde 6 door volumekortingen die door leveranciers worden toegepast. Door uit te gaan van de kosten zoals opgenomen in de boeken, inclusief eventuele volumekorting die de warmteleveranciers hebben gekregen, miskent ACM volgens appellanten dat de kleinere warmteleveranciers in mindere mate kunnen profiteren van een volumekorting dan de twintig grootste warmteleveranciers waar ACM zich bij het onderzoek voor de berekening op heeft gebaseerd. Gevolg is dat een aantal warmteleveranciers nu de desbetreffende afleversets tegen een hogere prijs moet inkopen dan zij op basis van de tariefregulering vergoed krijgt.

Appellanten voeren aan dat in het bestreden besluit een deugdelijke belangenafweging ontbreekt. Onduidelijk is waarom ACM de desbetreffende werkelijke kosten van de kleine warmteleveranciers geen onderdeel heeft gemaakt van de berekening. De steekproef die ACM heeft gehanteerd voor het bepalen van de maximum huurtarieven van de verschillende typen afleversets voldoet daarmee volgens appellanten niet aan artikel 5b, vijfde en zesde lid, van het Warmtebesluit en is tevens in strijd met het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

8.4 ACM stelt zich op het standpunt dat de keuze voor één opslag voor afleversets met de CW-waarden 5 en 6 in lijn is met de relevante wetgeving. Er is uitgegaan van de gemiddelde jaarlijkse kapitaalkosten zoals is voorgeschreven in artikel 5b, zesde lid, van het Warmtebesluit. Artikel 3b, tweede lid, van de Warmteregeling maakt het voor ACM mogelijk om te differentiëren in de opslag voor de afleversets met CW-waarde 5 en CW-waarde 6, maar verplicht haar niet daartoe.

Ten overvloede merkt ACM op dat ook als zou worden uitgegaan van de inventarisatie van appellanten van de brutoprijzen van grote leveranciers van afleversets, dit niet zou leiden tot een hogere opslag voor CW-waarde 6 aangezien het verschil van € 60 tot € 70 niet zodanig significant is dat dit een apart tarief zou rechtvaardigen. Immers dat zou neerkomen op een verschil in tarief van minder dan € 1,- per maand.

De afslag voor afleversets met een CW-waarde 3 is volgens ACM correct vastgesteld. Anders dan appellanten lijken te betogen, kunnen volgens ACM niet twee in artikel 5b, eerste lid, van het Warmtebesluit aangewezen categorieën worden samengenomen. Op grond van artikel 5b, eerste en derde lid, van het Warmtebesluit moeten voor zowel individuele afleversets met alleen ruimteverwarming als voor afleversets met ruimteverwarming én warm tapwater aparte basistarieven worden vastgesteld. Waar de ACM voor gecombineerde afleversets één opslag kan vaststellen voor aanvullende functionaliteiten, kan zij dat niet voor afzonderlijke categorieën afleversets zoals vastgesteld in artikel 5b, eerste lid, van het Warmtebesluit. Evenmin heeft zij de mogelijkheid om apart rekening te houden met kleinere warmteleveranciers. Zo is op grond van artikel 5b, eerste en derde lid, van het Warmtebesluit slechts ruimte voor één basistarief per categorie afleverset en één tarief per aanvullende functionaliteit.

ACM stelt zich op het standpunt dat zij een representatieve steekproef heeft genomen door over drie jaar de kosten op te vragen bij de twintig grootste warmteleveranciers. ACM benadrukt dat deze groep bestaat uit zowel grote als kleinere warmteleveranciers en 90% van de verbruikers op de Nederlandse warmtemarkt beslaat. ACM heeft vervolgens nog de betrouwbaarheid van de gerapporteerde kosten geverifieerd met prijslijsten van toeleveranciers van afleversets. Hiermee sluit ACM het best aan bij de wens van de wetgever om de tarieven voor afleversets te baseren op de werkelijke kosten van de warmteleveranciers. Het gaat om de feitelijke prijzen die zijn betaald voor de afleversets en niet om de bruto verkoopprijzen. Omdat uitgegaan wordt van de werkelijke kosten uit de boeken van de warmteleveranciers worden eventuele klant/volume



kortingen meegenomen. Uitgaan van de brutoprijzen zou het onredelijke effect hebben dat de consument (gemiddeld genomen) meer betaalt dan de werkelijke kosten. De genoten korting komt dan namelijk niet tot uiting in het bij de consument in rekening gebrachte tarief.

ACM merkt nog op dat zij in 2018 heeft onderzocht of een onderzoek naar marktgegevens over de kosten van afleversets, aan- en afsluitingen en cv-ketels kon worden aanbesteed, maar de onderzoeksbureaus konden niet of in onvoldoende mate voldoen aan de informatievraag van ACM. Omdat ACM inmiddels van twintig warmteleveranciers de werkelijke kosten heeft gekregen, voegt een dergelijk marktonderzoek nog weinig toe.

8.5.1 Het College overweegt als volgt. Op grond van artikel 8, eerste lid, van de Warmtewet kan het tarief voor afleversets verschillen voor verschillende categorieën en aanvullende functionaliteiten van afleversets. In artikel 5b, eerste lid, van het Warmtebesluit zijn de verschillende categorieën afleversets vastgesteld. Op grond van artikel 5b, tweede lid, van het Warmtebesluit kan ACM aanvullende functionaliteiten vaststellen van afleversets voor zover de kosten van een aanvullende functionaliteit zodanig significant zijn dat een apart tarief is gerechtvaardigd. Op grond van artikel 5b, derde lid, van het Warmtebesluit bestaat het maximumtarief uit een basistarief voor een categorie van een afleverset, en een jaarlijkse opslag of jaarlijkse afslag per aanvullende functionaliteit van een afleverset. Op grond van artikel 5b, vijfde en zesde lid, van het Warmtebesluit stelt ACM het basistarief en de jaarlijkse opslag of jaarlijkse afslag vast op basis van de gemiddelde jaarlijkse kapitaalkosten van leveranciers voor de desbetreffende categorie afleverset respectievelijk aanvullende functionaliteit, of op basis van door ACM verkregen marktgegevens over de kosten hiervan. Uit de aanhef van artikel 3b, tweede lid, van de Warmteregeling, blijkt dat ACM de aanvullende functionaliteiten van de afleversets slechts op basis van een beperkt aantal elementen kan vaststellen. Uit artikel 3b, tweede lid, van de Warmteregeling, gelezen in samenhang met artikel 3b, eerste lid, onder e, blijkt dat één van de in de aanhef bedoelde elementen is de mate waarin de CW-waarde bij een individuele afleverset afwijkt van CW-waarde 4.

8.5.2 Appellanten betogen dat aan artikel 5b, zesde lid, van het Warmtebesluit geen grondslag kan worden ontleend voor de toepassing van het gewogen gemiddelde van de aanschaf- en installatiekosten op zowel de afleverset met CW-waarde 5 als de afleverset met CW-waarde 6. Dit betoog slaagt niet. ACM heeft bij het vaststellen van de aanvullende functionaliteiten geen onderscheid (meer) gemaakt tussen CW-waarde 5 en CW-waarde 6. Daartoe was zij ook niet verplicht. Artikel 3b, tweede lid, onder b, van het Warmtebesluit geeft haar de bevoegdheid, maar niet de verplichting, om dit onderscheid te maken. Juist de door appellanten gesignaleerde ongerijmdheid waartoe het gebruikmaken van deze bevoegdheid in dit geval zou hebben geleid – een afleverset met een CW-waarde 5 zou duurder zijn dan een afleverset met een CW-waarde 6 – toont aan dat ACM terecht niet van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

In wat appellanten hebben aangevoerd over de afslag voor afleversets met CW-waarde 3 ziet het College evenmin grond voor het oordeel dat ACM niet de systematiek van het Warmtebesluit heeft gevolgd. Gelet op het bepaalde in artikel 5b, eerste en derde lid, aanhef en onder a, van het Warmtebesluit heeft ACM zich terecht op het standpunt gesteld dat zij niet twee in de regelgeving onderscheiden categorieën kan samennemen.

8.5.3 Anders dan appellanten betogen, was ACM niet gehouden een marktonderzoek te doen naar de kosten van de aanvullende functionaliteiten. ACM heeft, overeenkomstig artikel 5b, vijfde en zesde lid, van het Warmtebesluit, het basistarief respectievelijk afslag en opslag gebaseerd op de daadwerkelijk door warmteleveranciers betaalde kosten voor afleversets. ACM heeft in dit verband terecht opgemerkt dat de brutoprijzen voor afleversets niet de daadwerkelijke kosten van warmteleveranciers weerspiegelen, omdat in die prijzen geen rekening is gehouden met eventuele kortingen die warmteleveranciers op de brutoprijs hebben verkregen. De steekproef die ACM heeft gehouden om de kosten vast te stellen, is

naar het oordeel van het College voldoende representatief te achten. ACM heeft de kosten van twintig grotere en kleinere warmteleveranciers opgevraagd, die samen 90% van de Nederlandse verbruikers beleveren. Nu in de vaststelling ook kosten van kleinere warmteleveranciers zijn betrokken en appellanten onvoldoende inzichtelijk hebben gemaakt welk effect het meenemen van nog kleinere leveranciers op de uitkomsten zou hebben gehad, volgt het College appellanten niet in hun betoog dat ACM de belangen van de kleinere warmteleveranciers onvoldoende heeft meegewogen.

8.5.4 De conclusie is dat de derde beroepsgrond van appellanten niet slaagt.

#### Gebruiksonafhankelijk deel maximumtarieven voor levering van warmte

- 9.1 De vierde beroepsgrond van appellanten heeft betrekking op het gebruiksonafhankelijke deel van de maximumtarieven voor levering van warmte.
- 9.2 In het Tarievenbesluit warmteleveranciers 2020 en het bestreden besluit heeft ACM hierover, voor zover relevant, het volgende opgemerkt. Het gebruiksonafhankelijke deel van het maximumtarief voor de levering van warmte wordt vastgesteld door de gemiddelde jaarlijkse kosten van het transport, de levering en de aansluiting van gas op te tellen bij het verschil in de gebruikskosten tussen gas en warmte. Het verschil in de gebruikskosten tussen gas en warmte bepaalt ACM door het verschil in de gemiddelde jaarlijkse kapitaal- en operationele kosten van een cv-ketel en de gemiddelde jaarlijkse kapitaal- en operationele kosten en de meetkosten van een afleverset voor warmte te berekenen. Voor centrale aansluitingen stelt ACM de kosten vast van een cv-ketel met een vermogen van 1.000 kW voor de levering van ruimtewater en tapwater. ACM heeft de kapitaalkosten van deze cv-ketels vastgesteld op basis van marktgegevens. Onderzoeksbureaus konden niet of in onvoldoende mate voldoen aan de informatievraag van ACM vanwege de complexiteit en de beperkte beschikbaarheid van marktgegevens. ACM heeft gebruik gemaakt van de kostengegevens van collectieve cv-ketels op de websites van de grootste aanbieders, te weten Remeha, ATAG en Nefit. ACM heeft getracht marktgegevens te verkrijgen van andere marktpartijen, maar slechts van één van deze partijen heeft ACM tijdig verkoopprijzen ontvangen. Op basis van de uit deze vier bronnen verkregen gegevens heeft ACM geconcludeerd dat cv-ketels met een vermogen van exact 1.000 kW nauwelijks voorkomen in de markt. ACM is daarom uitgegaan van de kostengegevens van collectieve cv-ketels met een vermogen tussen de 900 en 1100 kW.
- 9.3 Appellanten voeren aan dat het bestreden besluit wat betreft het gebruiksonafhankelijke deel van de maximumtarieven voor levering in strijd is met artikel 2, derde lid, van de Warmteregeling, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Het door ACM uitgevoerde onderzoek kan volgens appellanten niet als representatief worden beschouwd. Slechts van drie leveranciers geeft ACM aan om wie het gaat. Van de vierde leverancier wordt uit het bestreden besluit niet duidelijk wie het is. ACM kan niet op basis van slechts vier leveranciers concluderen dat cv-ketels met een vermogen van 1.000 kW in de praktijk nauwelijks voorkomen. Artikel 2, derde lid, aanhef en onder b, van de Warmteregeling gaat niet voor niets uit van de gemiddelde jaarlijkse kapitaalkosten van een cv-ketel van 1.000 kW. Appellanten begrijpen niet waarom de betreffende marktgegevens beperkt beschikbaar en complex zouden zijn.
- 9.4 ACM stelt zich op het standpunt dat zij zo goed als mogelijk invulling heeft gegeven aan haar taak om (tijdig) maximumtarieven vast te stellen. ACM heeft in augustus 2018, dus bijna een jaar voor inwerkingtreding van de gewijzigde Warmtewet, een onderzoek aanbesteed. Het verkrijgen van gegevens van commerciële marktpartijen die zelf niet onder toezicht zijn gesteld en ook nog eens in een andere markt opereren (gas) bleek lastig en tijdrovend. Er diende inzicht te worden verkregen in de marktpartijen. Dat zijn niet alleen aanbieders van cv-ketels, maar ook installateurs. Het ging bovendien om concurrentiegevoelige gegevens waardoor de (vrijwillige) medewerkingsbereidheid zeer beperkt was. ACM had immers formeel nog geen taak op dit punt en kon de (gas)partijen dus niet tot medewerking verplichten. De gevraagde onderzoekers konden

de benodigde informatie wegens genoemde redenen ook niet leveren. Vervolgens heeft ACM, gezien de beperkte tijd tot het vaststellen van het Tarievenbesluit warmteleveranciers 2020, geconcludeerd dat een nieuw uitgebreid onderzoek niet meer tot de mogelijkheden behoorde.

9.5.1 Het College overweegt als volgt. Artikel 2 van de Warmteregeling bevat voorschriften voor de vaststelling van het gebruiksonafhankelijk deel van de maximumprijs voor de levering van warmte. Op grond van artikel 2, derde lid, aanhef en onder c, van de Warmteregeling wordt bij het berekenen van de opslag aan een verbruiker met een centrale aansluiting voor de levering van warmte van meer dan 100 kW uitgegaan van door ACM vastgestelde gemiddelde jaarlijkse kapitaals- en operationele kosten van een cv-ketel met een vermogen van 1.000 kW voor de levering van ruimteverwarming en tapwater.

9.5.2 Het College ziet geen grond voor het oordeel dat sprake is van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. ACM heeft afdoende toegelicht hoe het onderzoek tot stand is gekomen. ACM heeft geprobeerd het onderzoek aan te besteden en toen dat niet lukte heeft zij zich gebaseerd op beschikbare gegevens. ACM heeft tevens een aannemelijke verklaring gegeven voor het feit dat het niet is gelukt op de voorgenomen wijze onderzoek te doen. Appellanten hebben niet geconcretiseerd waarom het onderzoek van ACM niet voldoende representatief is of anderszins in de gegeven omstandigheden als onvoldoende moet worden beoordeeld. De enkele opmerking dat het onderzoek niet representatief is en dat de naam van een marktpartij onbekend is, is onvoldoende. ACM heeft niet gehandeld in strijd met artikel 2, derde lid, aanhef en onder c, van de Warmteregeling door niet de kosten van een cv-ketel met een vermogen van 1.000 kW vast te stellen. Omdat uit het onderzoek bleek dat cv-ketels met een vermogen van exact 1.000 kW nauwelijks voorkomen, was het niet opportuun om die kosten vast te stellen en heeft ACM deze kosten zo goed als praktisch mogelijk benaderd door uit te gaan van ketels met een vermogen tussen de 900 en 1100 kW. De beroepsgrond slaagt niet.

### Conclusie

10. De eerste beroepsgrond van appellanten slaagt. ACM heeft het bestreden besluit genomen in strijd met artikel 5b, vijfde en zesde lid, van het Warmtebesluit.

11. Het College ziet, in het belang van een spoedige beëindiging van het geschil, aanleiding om ACM op te dragen het gesignaleerde gebrek in het bestreden besluit te herstellen. ACM dient daartoe het bestreden besluit aan te passen overeenkomstig hetgeen in deze uitspraak is overwogen. Hiervoor zal een termijn worden gesteld.

In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en vergoeding van het betaalde griffierecht.

## **Beslissing**

Het College:

- draagt ACM op om met inachtneming van deze tussenuitspraak binnen zes maanden na verzending van deze tussenuitspraak het bestreden besluit, met inachtneming van deze uitspraak, te herstellen en het College over het resultaat te informeren;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze uitspraak is gedaan door mr. H.O. Kerkmeester, mr. T. Pavićević en mr. B. Bastein, in aanwezigheid van mr. I.C. Hof, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 26 april 2022.

w.g. H.O. Kerkmeester w.g. I.C. Hof