

VAN Eelkje van de Kuilen
Keesjan Meijering
Sammie Elbertsen
Tom Binder
Advocaten

TELEFOON +31 88 253 6021
MOBIEL +31 6 46 40 52 49
E-MAIL selbertsen@akd.nl

DATUM 18 december 2025

Financiering collectieve warmte – Staatssteun en DAEB

1 INLEIDING EN VRAAGSTELLING

- 1.1 BNG Bank N.V. ('**BNG**') heeft AKD om juridisch advies gevraagd over het volgende.
- 1.2 Nederland staat voor de opgave om in 2050 klimaatneutraal te zijn. Om dat doel te halen wordt onder meer ingezet op het verduurzamen van de warmtevoorziening. Gemeenten hebben hierbij een regierol: onder hun regie moeten wijken van het (aard)gas af en worden verduurzaamd.
- 1.3 Deze regierol voor gemeenten is uitgewerkt in de wetsvoorstellen Wet gemeentelijke instrumenten warmtetransitie ('**Wgiw**') en Wet collectieve warmte ('**Wcw**'). Voor dit advies is vooral de Wcw van belang.¹ In de Wcw wordt tot uitgangspunt genomen dat collectieve warmtevoorzieningen in een gebied waarvoor een warmtekavel is vastgesteld alleen door 'aangewezen warmtebedrijven'² mogen worden gerealiseerd en geëxploiteerd. En aangewezen warmtebedrijven kunnen (in eerste instantie³) alleen 'warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang' en 'warmtegemeenschappen' zijn.

¹ Voor dit memorandum gebruikten wij de 'eindtekst' van het wetsvoorstel d.d. 3 juli 2025, vindbaar via de volgende link: <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2025D32391>

² Het Ministerie van KGG legt de wet zo uit dat kavels ook mogen worden vastgesteld voor gebieden met minder dan 1500 aansluitingen. Als een warmtebedrijf voor een kavel (ongeacht of het gaat om meer of minder dan 1500 aansluitingen) wordt aangewezen, wordt dit een 'aangewezen warmtebedrijf' (en moet het warmtebedrijf dat aangewezen moet worden dus ook voldoen aan de eisen ter zake, zie met name art. 2.2 en 2.3 Wcw).

³ Alleen als het na de aanwijzingsprocedure als bedoeld in art. 2.5 Wcw niet is gelukt om een 'warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang' of 'warmtegemeenschap' te vinden *en* het college daartoe besluit (dat *hoeft*

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 22/2023 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op <https://www.akd.eu/>.

- 1.4 Vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Wcw nemen veel (lagere) overheden het initiatief om een publiek warmtebedrijf ('warmtebedrijf met een publiek meerderheidsbelang' als bedoeld in art. 1.1 Wcw) op te richten. Doorgaans worden de aandelen in deze bedrijven voor 100% door publieke partijen gehouden, maar er worden ook warmtebedrijven opgericht met een private partij als minderheidsaandeelhouder (voorbeelden zijn Veenwarmte, Venlo en Urk).
- 1.5 Voor de realisatie en exploitatie van collectieve warmtevoorzieningen is vanzelfsprekend financiering nodig. BNG ontvangt regelmatig verzoeken om kredietfaciliteiten voor warmtebedrijven. Daarbij is een van de terugkerende vragen onder welke voorwaarden gemeenten in overeenstemming met het staatssteunrecht garant kunnen staan voor de door BNG te verstrekken kredieten. Meer specifiek wordt daarbij gekeken naar de mogelijkheid tot toewijzing aan warmtebedrijven van een zogeheten 'dienst van algemeen economisch belang' ('**DAEB**'). Overheden mogen in overeenstemming met het staatssteunrecht (financiële) compensatie bieden aan bedrijven die zijn belast met een DAEB in verband met de daarmee gemoeide kosten.
- 1.6 Tegen deze achtergrond heeft BNG AKD gevraagd om een memorandum waarin de voor – de financiering van – warmtebedrijven relevante aspecten van het leerstuk van de DAEB worden toegelicht. Dit memo hebben wij opgesteld.⁴ Hierin komen de volgende vragen aan bod:
- Kunnen warmtebedrijven worden belast met een DAEB?
 - Onder welke voorwaarden mogen gemeenten warmtebedrijven met een DAEB compenseren?
 - Mag een warmtebedrijf voor méér dan 10 jaar met een DAEB worden belast?
 - Mag de compensatie in een bepaald jaar hoger zijn dan EUR 20 miljoen?
 - Mag een gemeente zich 100% garant stellen ten behoeve van een lening aan een warmtebedrijf met een DAEB?
 - Leidt een afwijking van de Garantiededeling direct tot staatssteun?
 - Hoe moet het eventuele steunelement van een garantie worden berekend?
- 1.7 In Hoofdstuk 2 geven wij een beknopte samenvatting van onze conclusies weer. In de Bijlage bij dit memorandum gaan wij dieper in op het relevante juridisch kader en zetten wij onze analyse verder uiteen.

het college niet te doen), kan de aanwijzingsprocedure als bedoeld in art. 2.7 Wcw wordt doorlopen (zie art. 2.6 Wcw). Aan de aanwijzingsprocedure als bedoeld in art. 2.7 Wcw kunnen 'andere warmtebedrijven dan warmtebedrijven met een publiek meerderheidsbelang en warmtegemeenschappen' meedoen.

⁴ Dit memo richt zich (dus) op de regels inzake geoorloofde staatssteun ter compensatie van een DAEB. Wij merken op dat er nog andere gronden zijn waarop staatssteun rechtmatig kan worden verleend (met vrijstelling van de verplichting om deze eerst aan te melden bij de Europese Commissie). Gedacht kan worden aan de Algemene Groepsvrijstellingsverordening van de Europese Commissie en de De-minimisverordeningen. In dit memo laten wij deze kaders verder onbesproken. Wij volstaan met de opmerking dat deze kaders in individuele gevallen ook mogelijkheden kunnen bieden voor rechtmatige steunverlening.

2 SAMENVATTING

2.1 Kunnen gemeentelijke warmtebedrijven worden belast met een DAEB inzake de realisatie en exploitatie van collectieve warmtevoorzieningen?

- 2.1.1 Ja, dat kan. DAEB's zijn economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die, zonder overheidsingrijpen, door de markt niet of niet onder voor de overheid acceptabele (maatschappelijke) voorwaarden zouden worden verricht. Overheden beschikken over een ruime beoordelingsmarge bij het omschrijven van een DAEB.
- 2.1.2 In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wcw wordt de realisatie en exploitatie van collectieve warmtevoorzieningen gekwalificeerd als DAEB.⁵ Naar onze mening gebeurt dat op goede gronden. Collectieve warmtevoorzieningen dienen bij uitstek het algemeen belang. Zij hebben kenmerken van een natuurlijk monopolie, met als gevolg een gebrek aan concurrentiedruk op de markt die consumenten beschermt tegen bijvoorbeeld hoge prijzen. Ook is aannemelijk dat de markt niet uit zichzelf voorzieningen zal willen treffen in gebieden met een lage aansluitdichtheid of voor bestaande bebouwing. Hiermee wordt 'marktfalen' onderbouwd: zonder overheidsingrijpen zouden deze activiteiten door de markt niet, althans niet onder de gewenste maatschappelijke voorwaarden inzake betaalbaarheid, duurzaamheid en leveringszekerheid worden uitgevoerd. Dit geldt zowel voor nieuwe collectieve warmtevoorzieningen als voor bestaande.
- 2.1.3 Gemeenten hoeven de inwerkingtreding van de Wcw niet af te wachten alvorens warmtebedrijven te belasten met een DAEB.

2.2 Onder welke voorwaarden mogen gemeenten warmtebedrijven met een DAEB compenseren?

- 2.2.1 Overheden mogen (onder voorwaarden) compensatie verstrekken aan ondernemingen die zijn belast met een DAEB. Het DAEB-Vrijstellingsbesluit biedt de meeste (praktische) kaders voor de compensatie van warmtebedrijven. Op 16 december 2025 heeft de Europese Commissie een nieuwe versie van het DAEB-Vrijstellingsbesluit aangenomen.⁶ Het nieuwe DAEB-Vrijstellingsbesluit treedt in werking op 8 januari 2026. In dit memo gaan wij daarom alvast uit van de nieuwe regels, zoals die vanaf dat moment zullen gelden.
- 2.2.2 De belangrijkste voorwaarden uit het DAEB-Vrijstellingsbesluit luiden als volgt:
- i. Het maximale compensatiebedrag bedraagt EUR 20 miljoen per jaar;
 - ii. De looptijd van de DAEB is maximaal 10 jaar, tenzij een langere looptijd gerechtvaardigd is wegens afschrijving van aanzienlijke investeringen;

⁵ Kamerstukken II, 2023-2024, 36 576, Nr. 3 ('Memorie van Toelichting Wcw') p. 154. De Memorie van Toelichting Wcw is vindbaar via de volgende link: <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2024D25812>

⁶ Besluit (EU) 2025/2630 van de Commissie van 16 december 2025 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen en tot intrekking van Besluit 2012/21/EU, *PB L 2025/2630 van 19 December 2025*.

- iii. Vooraf moeten het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie worden bepaald;
- iv. Er moet een aanwijzingsbesluit worden genomen waarbij de onderneming met het beheer van de DAEB wordt belast;
- v. Er moet regelmatig worden gecontroleerd op overcompensatie. Eventuele overcompensatie moet worden teruggevorderd;
- vi. Overheden moeten om de twee jaar bij de Europese Commissie verslag doen over de uitvoering van het DAEB-Vrijstellingsbesluit. Deze rapportage verloopt via het ministerie van Binnenlandse Zaken.

2.3 Mag een warmtebedrijf voor méér dan 10 jaar met een DAEB worden belast?

- 2.3.1 Ja, dat is onder voorwaarden mogelijk. Op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit mag een DAEB voor meer dan 10 jaar worden toegewezen als dat gerechtvaardigd is door de noodzaak van aanzienlijke investeringen door de onderneming die – in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen – over een langere periode moeten worden afgeschreven.
- 2.3.2 Voor de realisatie van (nieuwe) collectieve warmtevoorzieningen zijn (inderdaad) aanzienlijke investeringen vereist. Onder vigeur van de Wcw zal de afschrijvingstermijn moeten zijn afgestemd op de economische levensduur van de activa. Vooralsnog wordt een maximale afschrijvingstermijn voorzien van 30 jaar. Aangezien de economische levensduur vaak langer zal zijn dan 10 jaar, zullen warmtebedrijven doorgaans voor een periode van meer dan 10 jaar met een DAEB kunnen worden belast.

2.4 Mag de compensatie in een bepaald jaar hoger zijn dan EUR 20 miljoen?

- 2.4.1 Ja, dat mag. Het jaarlijkse compensatiebedrag mag op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit niet hoger zijn dan EUR 20 miljoen (vóór aftrek van belastingen). Wanneer het compensatiebedrag jaarlijks varieert, wordt het jaarbedrag berekend als het gemiddelde van de jaarlijkse compensatiebedragen.
- 2.4.2 Het is dus mogelijk om in een bepaald jaar een compensatiebedrag te verstrekken dat hoger is dan het voornoemde plafond, zolang het gemiddelde jaarbedrag over de looptijd van de DAEB dat plafond maar niet overschrijdt. Dit vereist wel een zorgvuldige begroting van de te verwachten compensatiebedragen om overschrijding van het plafond te voorkomen.

2.5 Mag een gemeente zich 100% garant stellen ten behoeve van een lening aan een warmtebedrijf met een DAEB?

- 2.5.1 Ja, onder voorwaarden is dit mogelijk. In de Garantiemededeling heeft de Europese Commissie bepaald dat om uit te kunnen sluiten dat een garantie staatssteun oplevert, onder meer vereist is dat de garantie niet meer dan 80% van de uitstaande lening dekt. Deze eis geldt niet voor garanties die worden uitgegeven door overheden aan ondernemingen die door diezelfde overheid zijn belast met een DAEB en die verder geen andere economische activiteiten uitvoeren.

- 2.5.2 Als een gemeente een warmtebedrijf heeft belast met een DAEB en het warmtebedrijf daarnaast geen andere activiteiten verricht, kan de gemeente zich dus in beginsel ook 100% garant stellen voor aan te trekken leningen. Om staatssteun te voorkomen, zou het warmtebedrijf dan wel een marktconforme prijs c.q. premie moeten betalen voor de garantie.

2.6 Leidt een afwijking van de Garantiemededeling direct tot staatssteun?

- 2.6.1 Nee, het feit dat niet wordt voldaan aan één of meer voorwaarde uit de Garantiemededeling betekent niet automatisch dat sprake is van staatssteun. Wel kan er in dat geval aanleiding bestaan voor een nadere analyse.
- 2.6.2 Afwijking van het 80%-plafond betekent dus niet automatisch tot staatssteun. Ook dan moet nog steeds worden beoordeeld of de garantie een niet-marktconform voordeel oplevert voor de betrokken onderneming. Dat is doorgaans niet het geval als er een marktconforme prijs wordt betaald voor de garantie, waarin het verhoogde risico als gevolg van de hogere dekking is verdisconteerd.

2.7 Hoe moet het eventuele steunelement van een garantie worden berekend?

- 2.7.1 Als een garantie staatssteun inhoudt, moet de omvang van de steun worden bepaald. Uit de Garantiemededeling volgt een hiërarchie tussen de methoden die daarvoor kunnen worden gebruikt. Deze luidt als volgt:
- i. Als uitgangspunt geldt dat het steunelement moet worden bepaald aan de hand van het verschil tussen de daadwerkelijk betaalde premie en de benchmark voor de garantiepremie op de financiële markten;
 - ii. Als dat niet mogelijk is omdat de markt in dit geval geen garantie zou afgeven, moet het steunelement worden bepaald aan de hand van het verschil tussen de marktrente die de onderneming zonder garantie zou moeten betalen voor de lening en de rente die hij met behulp van de garantie daadwerkelijk betaalt;
 - iii. Als er geen marktrente voor een vergelijkbare, niet-gegarandeerde lening beschikbaar is, moet de beoordeling worden uitgevoerd aan de hand van het referentiepercentage dat wordt berekend op grond van de Mededeling Referentiepercentages van de Europese Commissie.

AKD

BIJLAGE

3 JURIDISCH KADER

3.1 Wanneer is sprake van staatssteun?

3.1.1 Op grond van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: '**VWEU**') is sprake van staatssteun wanneer aan de volgende criteria wordt voldaan:

- i. de maatregel komt ten goede aan een onderneming;
- ii. de maatregel is (a) toerekenbaar aan de staat en (b) met staatsmiddelen bekostigd;
- iii. de maatregel verleent een (niet-marktconform) voordeel;
- iv. de maatregel is selectief; en
- v. de maatregel kan leiden tot (a) vervalsing van de mededinging en (b) ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.

3.1.2 Als een steunmaatregel aan deze criteria voldoet, moet hij op grond van artikel 108, derde lid, van het VWEU eerst worden aangemeld bij de Europese Commissie. De maatregel mag niet ten uitvoer worden gelegd totdat de Europese Commissie een eindbeslissing heeft genomen. Het is aan de Europese Commissie om te beoordelen of de steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt.

3.2 Wat is een DAEB?

3.2.1 Als een onderneming is belast met een DAEB, komt hij onder voorwaarden in aanmerking voor compensatie in ruil voor de uitvoering daarvan. In dat geval is geen sprake van (onrechtmatige) staatssteun.

3.2.2 DAEB's zijn een bijzondere categorie van economische activiteiten. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie ('**HvJEU**') gaat het om diensten die een algemeen economisch belang dienen, dat zich door zijn specifieke kenmerken onderscheidt van dat van andere economische activiteiten.⁷

3.2.3 De Europese Commissie heeft verduidelijkt dat DAEB's economische activiteiten zijn *"die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht"*.⁸

⁷ HvJ 18 juni 1998, zaak C-266/96 (Corsica Ferries), ECLI:EU:C:1998:306, punt 45; HvJ 17 juli 1997, zaak C-242/95 (GT-Link), ECLI:EU:C:1997:376, punt 53; HvJ 10 december 1991, zaak C-179/90 (Porto di Genova), ECLI:EU:C:1991:464, punt 27.

⁸ Europese Commissie 29 april 2013, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang, SWD(2013) 53 final/2, p. 22.

- 3.2.4 Overheden beschikken over een ruime beoordelingsmarge bij het omschrijven van een bepaalde economische activiteit als DAEB.⁹ De bevoegdheid van de Europese Commissie is op dit punt beperkt tot het nagaan of de lidstaat een ‘kennelijke fout’ heeft gemaakt bij het omschrijven van de DAEB¹⁰ en tot de beoordeling van de met de compensatie gemoeide staatssteun.¹¹
- 3.2.5 De Europese Commissie vindt het niet passend een DAEB aan te wijzen voor activiteiten die al worden verricht of die op bevredigende wijze kunnen worden verricht en onder voorwaarden (zoals prijs van, objectieve kwaliteitskenmerken van, continuïteit van en toegang tot de dienst) die stroken met het algemeen belang, zoals dat door de staat is omschreven, door ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn.¹² Met andere woorden: er moet sprake zijn van “*marktfalen*”. Een principieel oordeel van het HvJEU op dit punt ontbreekt nog, maar uit rechtspraak kan wel worden afgeleid dat zowel economische redenen (economisch marktfalen) als politieke redenen (politiek marktfalen) de basis kunnen vormen voor het aanwijzen van een DAEB.¹³

3.3 Regels voor het compenseren voor een DAEB

- 3.3.1 In de praktijk worden drie grondslagen gebruikt voor het toewijzen van- en compenseren voor een DAEB: (i) de route volgens het Altmark-arrest van het HvJEU, (ii) de route conform het DAEB-Vrijstellingsbesluit van de Europese Commissie¹⁴ en (iii) de route conform de DAEB De-minimisverordening van de Europese Commissie.¹⁵
- 3.3.2 Voor het toewijzen van DAEB's aan publieke warmtebedrijven zal het DAEB-Vrijstellingsbesluit vanuit praktisch oogpunt vaak de meeste mogelijkheden bieden. Anders dan het Altmark-arrest vereist het DAEB-Vrijstellingsbesluit namelijk niet dat de noodzakelijke compensatie wordt bepaald op basis van een benchmark van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou maken. Steun op grond van de DAEB De-minimisverordening is beperkt tot EUR 750.000,- per onderneming in drie jaar. Dat biedt niet altijd voldoende ruimte voor het financieren van de realisatie en exploitatie van warmtenetten. Om deze redenen gaan wij in dit memorandum nader in op de voorwaarden van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

⁹ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, PbEU 11 januari 2012 C 8/4, punt 46. Hierna: “**Mededeling DAEB**”.

¹⁰ Gerecht 12 februari 2008, zaak T-289/03 (BUPA), ECLI:EU:T:2008:29, punt 166 t/m 170.

¹¹ Mededeling DAEB, punt 46.

¹² Ibidem, punt 48.

¹³ A.A. al Khatib, ‘*Marktfalen en Diensten van algemeen economisch belang*’, TvS, Nr. 4 december 2019, p. 166 e.v.

¹⁴ Besluit (EU) 2025/2630 van de Commissie van 16 december 2025 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen en tot intrekking van Besluit 2012/21/EU, *PB L 2025/2630 van 19 December 2025*.

¹⁵ Verordening (EU) 2023/2832 van de Europese Commissie van 13 december 2023 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen.

3.3.3 Op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit kan onder voorwaarden compensatie worden verleend aan ondernemingen die zijn belast met de uitvoering van een DAEB. Deze compensatie hoeft vooraf niet te worden aangemeld bij de Europese Commissie. In onze analyse gaan wij nader in op de belangrijkste eisen die voortvloeien uit het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

3.3.4 Op moment van dit schrijven is het DAEB-Vrijstellingsbesluit van 20 december 2011 van kracht. Op 16 december 2025 heeft de Europese Commissie een nieuwe versie van het DAEB-Vrijstellingsbesluit aangenomen.¹⁶ Het nieuwe DAEB-Vrijstellingsbesluit treedt in werking op 8 januari 2026.

3.4 Staatssteun in de vorm van garanties – de Garantiemededeling

3.4.1 Het komt geregeld voor dat gemeenten zich garant willen stellen voor het aantrekken van kredietfaciliteiten door publieke warmtebedrijven. Ook in dat verband is de toewijzing van een DAEB aan dat warmtebedrijf relevant voor de toepassing van de staatssteunregels op de af te geven garantie.

3.4.2 Als gemeenten zich garant stellen ten behoeve van kredietfaciliteiten aan warmtebedrijven kan sprake zijn van staatssteun, als deze garantie niet onder marktconforme voorwaarden wordt afgegeven.

3.4.3 In dit kader heeft de Europese Commissie de zogenaamde Garantiemededeling vastgesteld.¹⁷ Hierin legt de Europese Commissie uit hoe zij de staatssteunregels toepast op staatsgaranties. De Garantiemededeling is niet bindend voor gerechtelijke instanties, maar geven wel inzicht in de wijze waarop de Europese Commissie – belast met de handhaving van het staatssteunrecht – garanties beoordeelt. Bovendien worden dergelijke mededelingen door gerechtelijke instanties wel regelmatig gebruikt in hun oordeelsvorming.

3.4.4 In de Garantiemededeling wordt aangegeven dat een door de staat verstrekte individuele garantie of garantieregeling geen staatssteun zal vormen als die garantie *“een onderneming geen voordeel oplevert”*.¹⁸

3.4.5 De Garantiemededeling zet vervolgens een aantal voorwaarden uiteen op basis waarvan beoordeeld wordt of de staatsgarantie gebaseerd is op dat beginsel van de particuliere investeerder en aldus geen staatssteun inhoudt. Individuele garanties kwalificeren volgens de mededeling niet als staatsteun indien de volgende voorwaarden vervuld zijn:

- i. De kredietnemer mag niet in financiële moeilijkheden verkeren;
- ii. De omvang van de garantie moet goed te meten zijn op het tijdstip van toekenning;
- iii. De garantie mag (behoudens bepaalde uitzonderingen) niet meer dan 80 procent van de uitstaande lening of andere financiële verplichting dekken; en
- iv. Er moet voor de garantie een marktconforme prijs betaald worden.

¹⁶ De nieuwe versie van het DAEB-Vrijstellingsbesluit is vindbaar via de volgende webpagina: https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/legislation/sgei_en

¹⁷ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02), PbEU C 155/10 van 20 juni 2008.

¹⁸ Garantiemededeling, punt 3.1.

3.4.6 Wanneer de kredietnemer een kleine of middelgrote onderneming (“kmo”) is, geldt op grond van de Garantiemededeling een vereenvoudigde beoordeling om na te gaan of met een kredietgarantie al dan niet steun is gemoeid.¹⁹ In dat geval wordt geacht sprake te zijn van een marktconforme garantiëpremie, als tenminste de zogenoemde *safe harbour-premie* in rekening wordt gebracht. Deze *safe harbour-premie* wordt in beginsel bepaald op basis van de rating van de kredietnemer, waarbij ondernemingen met een rating van CCC/Caa of lager niet voor een *safe harbour-premie* in aanmerking komen.

3.4.7 In onze analyse gaan wij nader in op de voorwaarden onder (iii) en (iv).

4 ANALYSE

4.1 Kwalificeert het beheer van collectieve warmtevoorzieningen (zoals warmtenetten) als DAEB?

4.1.1 Zoals gezegd bestaan DAEB's uit bijzondere activiteiten die het algemeen belang dienen en die zonder overheidsingrijpen niet, of niet onder dezelfde (maatschappelijke) voorwaarden zou worden verricht. Overheden beschikken over een ruime beoordelingsmarge bij het omschrijven van een bepaalde economische activiteit als DAEB.

4.1.2 Tegen deze achtergrond is het wetsvoorstel Wcw van belang. Uit de Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel blijkt dat het de bedoeling is dat warmtebedrijven onder vigeur van de Wcw inderdaad met een DAEB worden belast:²⁰

“Europeesrechtelijk is de keuze voor een publiekrechtelijke aanwijzing van het warmtebedrijf en de warmtetransportbeheerder gerechtvaardigd vanwege het publieke belang dat met het transport en de levering van warmte door middel van een collectieve warmtevoorziening en het transport met een warmtetransportnet gediend wordt. Het betreft hier een DAEB als bedoeld in artikel 106, tweede lid, VWEU). Bij een DAEB gaat het om economische activiteiten die een publiek belang dienen. Daarvan is sprake bij onrendabele activiteiten of van activiteiten die de markt ontoereikend naar (sociaal)-maatschappelijk verantwoorde voorwaarden kan uitvoeren.”

4.1.3 Blijkens de Memorie van Toelichting wordt aan deze kwalificatie als DAEB het volgende ten grondslag gelegd:

- i. De levering van warmte door middel van een collectieve warmtevoorziening aan verbruikers dient het publiek belang, namelijk de bevordering van de warmtetransitie ten behoeve van de bescherming van het milieu en klimaat waarbij de duurzaamheid en leveringszekerheid van de warmtelevering tegen maatschappelijk aanvaardbare voorwaarden geborgd is;
- ii. Een collectieve warmtevoorziening heeft kenmerken van een natuurlijk monopolie. In de praktijk zal er hoogstwaarschijnlijk geen of onvoldoende concurrentiedruk zijn om

¹⁹ Garantiemededeling, punt 3.3.

²⁰ Memorie van Toelichting Wcw, p. 154.

bescherming te bieden aan verbruikers die aan één warmteleverancier gebonden zijn voor deze eerste levensbehoefte;

- iii. Zonder overheidsingrijpen zouden collectieve warmtevoorzieningen in vrijwel alle gevallen niet gerealiseerd worden, zeker niet in gebieden met een lichtere aansluitingsdichtheid;
- iv. Verbruikers en vooral kleinverbruikers zouden geen betaalbare warmte geleverd krijgen;
- v. Warmtebedrijven zijn niet altijd bereid bestaande bouw op warmte aan te sluiten, terwijl dat in sommige gevallen wel maatschappelijk de meest wenselijke keuze is;
- vi. Door aantrekkelijke gebieden en minder aantrekkelijke gebieden met elkaar te combineren in een te beheren warmtekavel kan cherry-picking worden voorkomen;

4.1.4 Naar onze mening kan op basis van de bovenstaande elementen op goede gronden worden besloten tot het kwalificeren het beheer van collectieve warmtevoorzieningen (inclusief warmtetransportnetten) als DAEB. Collectieve warmtevoorzieningen dienen bij uitstek het algemeen belang. Duidelijk is ook dat deze activiteiten zich vanwege de specifieke kenmerken onderscheiden van andere economische activiteiten. Terecht wordt gewezen op de kenmerken van een natuurlijk monopolie, het gebrek aan beschermende concurrentiedruk en de grote kans dat de markt niet uit zichzelf voorzieningen zal willen treffen in gebieden met een lage aansluitdichtheid of voor bestaande bebouwing. Hiermee is ook het 'marktfalen' onderbouwd: zonder overheidsingrijpen zouden de betrokken economische activiteiten door de markt niet, althans niet onder de gewenste maatschappelijke voorwaarden worden uitgevoerd.

4.1.5 Wij zien overigens geen reden om hierbij een onderscheid te maken tussen nieuwe en bestaande (collectieve) warmtevoorzieningen. De bovengenoemde specifieke kenmerken gelden zowel voor bestaande als voor nieuwe collectieve warmtevoorzieningen. Ook geldt in beide gevallen dat het algemeen belang gediend is met het beheer hiervan onder maatschappelijke voorwaarden. Hierbij is van belang dat warmtenetten ook op dit moment al gereguleerd worden vanwege het algemeen belang dat is gediend met warmtelevering. Zo volgen er uit de Warmtewet maximumtarieven en geldt voor grotere netten een vergunningplicht. Bestaande warmtenetten en warmtenetten die in voorbereiding of aanleg zijn, zullen na inwerkingtreding van de Wcw ook onder de daarin opgenomen verplichtingen vallen.²¹ De leveringszekerheid, tariefregulering en duurzaamheidseisen gelden na inwerkingtreding van de Wcw dus evenzeer voor bestaande warmtenetten.

N.B.: punt van aandacht is de vraag welk overheidslichaam onder vigeur van de Wcw bevoegd zal zijn tot het aanwijzen van een DAEB. In de Memorie van Toelichting wordt in dit kader zowel gewezen op het college van burgemeester en wethouders van gemeenten als 'aanwijzend orgaan'²² als op de Minister voor Klimaat en Energie²³. Omdat de aanwijzing van een warmtebedrijf conform het wetsvoorstel zelf geschiedt door het college van

²¹ Artikel 13.2 Wcw.

²² Memorie van Toelichting Wcw, p. 7.

²³ Memorie van Toelichting Wcw, p. 155.

burgemeester en wethouders en met die aanwijzing reeds wettelijke (uitvoerings)plichten voor het warmtebedrijf in werking treden, zonder dat daarvoor aanvullende besluitvorming van de Minister voor nodig is, nemen wij vooralsnog aan dat warmtebedrijven onder vigeur van de Wcw door het college van burgemeester en wethouders belast zullen worden met een DAEB. Het lijkt voor de hand te liggen dat in het aanwijzingsbesluit op grond van de Wcw waarbij het warmtebedrijf voor een vastgestelde warmtekavel wordt aangewezen, tevens de noodzakelijke elementen worden opgenomen om te voldoen aan de staatssteunregels ter compensatie van ondernemingen die zijn belast met een DAEB. In dat geval zou de DAEB (inclusief de looptijd) zijn toegespitst op die betreffende warmtekavel. Hieronder gaan wij nader in op de noodzakelijke elementen van de aanwijzing van een DAEB.

- 4.1.6 Kort en goed concluderen wij dat gemeenten (en meer specifiek colleges van burgemeester en wethouders) binnen de hen toekomende beoordelingsmarge kunnen besluiten om warmtebedrijven te belasten met een DAEB, bestaande uit (kort gezegd) de realisatie en/of het beheer van collectieve warmtevoorzieningen. Gemeenten hoeven de inwerkingtreding van de Wcw daarvoor niet af te wachten en mogen daarop anticiperen. Zij beschikken reeds over de bevoegdheid tot het aanwijzen van DAEB's en het kan wenselijk zijn om vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Wcw – waarvan het voorstel reeds is aangenomen door de Eerste en Tweede Kamer – de nodige voorbereidingen te treffen. Voor de motivering van de aanwijzing kunnen zij uiteraard terugvallen op de Memorie van Toelichting.

4.2 Welke eisen gelden er voor het belasten van warmtebedrijven met een DAEB?

- 4.2.1 Hierboven hebben wij benoemd dat het DAEB-Vrijstellingsbesluit de meest praktische mogelijkheden biedt voor het belasten van warmtebedrijven met een DAEB. Op basis hiervan geldt een relatief hoog (absoluut) plafond voor toegestane compensatie en hoeft er geen benchmark van de redelijke kosten te worden uitgevoerd.
- 4.2.2 Op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit gelden een aantal voorwaarden voor het aanwijzen van een DAEB en het verstrekken van compensatie. De belangrijkste voorwaarden luiden als volgt:
- i. Behoudens voor specifieke sectoren (hier niet aan de orde) bedraagt de compensatie maximaal EUR 20 miljoen per jaar²⁴;
 - ii. De looptijd van de DAEB is in beginsel maximaal 10 jaar;
 - iii. Vooraf moeten het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie worden bepaald;
 - iv. Er moet een aanwijzingsbesluit worden genomen waarbij de onderneming met het beheer van de DAEB wordt belast. Hierin moeten de volgende aspecten worden vermeld:
 - a. De inhoud en duur van de openbare dienstverplichting;
 - b. De betrokken onderneming;
 - c. De aard van alle eventuele uitsluitende of bijzondere rechten die de onderneming door het toewijzende overheidsorgaan zijn verleend;

²⁴ Blijkens het werkdokument Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of a general economic interest, and in particular to social services of general interest van de Europese Commissie (SWD(2013) 53 final/2), p. 56 (dat weliswaar betrekking had op het oude DAEB-Vrijstellingsbesluit), gaat het om het bedrag vóór aftrek van belastingen.

- d. Een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie;
- e. De regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen;
- v. Er moet regelmatig –ten minste om de vijf jaar gedurende de toewijzingsperiode en aan het einde van die periode – worden gecontroleerd op overcompensatie. Eventuele overcompensatie moet worden teruggevorderd.
- vi. De lidstaten zorgen ervoor dat met ingang van 1 januari 2028 informatie over steun die meer bedraagt dan 1 miljoen EUR per onderneming en per DAEB gedurende de toewijzingsperiode, wordt geregistreerd in een centraal register op nationaal of EU-niveau.

4.2.3 Hieronder gaan wij nader in op de voorwaarden over de maximaal toegestane compensatie en de maximale looptijd van de DAEB.

4.3 Mag een warmtebedrijf voor méér dan 10 jaar met een DAEB worden belast?

4.3.1 Op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit geldt als uitgangspunt dat de looptijd van een DAEB niet langer mag zijn dan 10 jaar.²⁵ Een langere looptijd is alleen toegestaan als deze gerechtvaardigd is door de noodzaak van aanzienlijke investeringen door de onderneming die – in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen – over een langere periode moeten worden afgeschreven.

4.3.2 Voor de aanleg en het beheer van collectieve warmtevoorzieningen zijn aanzienlijke investeringen nodig. Mede om die reden wordt BNG regelmatig gevraagd hiervoor financiering te verstrekken. Feit is ook dat collectieve warmtevoorzieningen doorgaans een relatief lange levensduur hebben, die in de meeste gevallen langer zal zijn dan 10 jaar. In artikel 7.15, lid 2 van het huidige concept Besluit collectieve warmte ('Bcw')²⁶ zijn regels voorzien over de te hanteren afschrijvingstermijn voor betrokken activa. Op grond van de huidige concepttekst zal deze moeten worden bepaald op basis van de economische levensduur van de activa met een maximale termijn van 30 jaar.

4.3.3 Gelet op het voorgaande is het mogelijk om warmtebedrijven met een DAEB te belasten voor de realisatie en het beheer van collectieve warmtevoorzieningen voor een periode van meer dan 10 jaar, indien en voor zover dat gerechtvaardigd is wegens de noodzakelijke investeringen en de daarmee gemoeide afschrijvingstermijn. Krachtens de Wcw – en meer specifiek het Bcw – zullen mogelijk regels gaan gelden voor de maximaal te hanteren afschrijvingstermijn. Die maximale afschrijvingstermijn zou dan indirect ook gevolgen kunnen hebben voor de maximale looptijd van de DAEB.

²⁵ DAEB-Vrijstellingsbesluit, punt 31 van de overwegingen en artikel 2, lid 3.

²⁶ Het Besluit collectieve warmte zal een nadere uitwerking bevatten van de Wcw. Hiermee wordt onder meer invulling gegeven aan de procedure en besluitvorming over de aanwijzing van een warmtebedrijf en worden regels gesteld over restwaarde, restwarmte, duurzaamheid en leveringszekerheid. Op moment van dit schrijven is nog slechts een consultatieversie van het Bcw bekend, vindbaar via de volgende link: <https://www.internetconsultatie.nl/bcw/b1>. Deze is vanzelfsprekend aan verandering onderhevig, als gevolg waarvan het onderhavige memo noodzakelijkerwijs slechts een voorlopige analyse bevat op dit punt.

4.4 Mag de compensatie in een bepaald jaar hoger zijn dan EUR 20 miljoen?

- 4.4.1 Behoudens voor specifieke sectoren geldt dat de compensatie op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit niet hoger mag zijn dan EUR 20 miljoen per jaar. Dat geldt ook voor DAEB's waarmee warmtebedrijven worden belast. Dit plafond wordt in de praktijk soms als problematisch ervaren, bijvoorbeeld omdat van het warmtebedrijf initiële investeringen worden geleverd die hoger zijn dan EUR 20 miljoen.
- 4.4.2 Van belang is dat artikel 2, lid 2, van het DAEB-Vrijstellingsbesluit een zogezegde 'middelingmogelijkheid' bevat. Wanneer het compensatiebedrag varieert gedurende de periode waarin de onderneming met het beheer van de DAEB wordt belast, wordt het jaarbedrag berekend als het gemiddelde van de jaarlijkse compensatiebedragen die naar verwachting gedurende die periode zullen worden toegekend.
- 4.4.3 Het is dus mogelijk om in een bepaald jaar een compensatiebedrag te verstrekken dat hoger is dan het voornoemde plafond, zolang het gemiddelde jaarbedrag over de looptijd van de DAEB dat plafond maar niet overschrijdt. Dit vereist wel een zorgvuldige begroting van de te verwachten, uit te keren compensatiebedragen om te voorkomen dat het gemiddelde jaarbedrag uiteindelijk toch te hoog blijkt te zijn.
- 4.4.4 Bij het berekenen van het compensatiebedrag zal rekening moeten worden gehouden met alle eventuele compensatievormen die zich in het specifieke geval voordoen. Hierbij kan gedacht worden aan het inbrengen van kapitaal voor de overheid in een onderneming onder niet-marktconforme voorwaarden, leningen tegen lager-dan-marktconforme rentepercentages en ook – zoals wij verder op in dit memo toelichten – garanties tegen lager-dan-marktconforme premies.

4.5 Mag een gemeente zich 100% garant stellen ten behoeve van een lening aan een warmtebedrijf met een DAEB?

- 4.5.1 Op grond van de Garantiemededeling geldt als uitgangspunt dat, wil staatssteun uitgesloten kunnen worden, de garantie niet meer dekt dan 80% van de uitstaande lening.
- 4.5.2 Blijkens paragraaf 3.2, aanhef en onder c van de Garantiemededeling geldt dit 80%-plafond niet voor een garantie die wordt verstrekt ter financiering van een onderneming waarvan de activiteiten uitsluitend bestaan uit het beheer van een DAEB waarmee deze onderneming correct is belast. Hiervoor is wel vereist dat de garantie wordt afgegeven door de overheid die de DAEB heeft toegewezen.
- 4.5.3 Een gemeente kan zich dus ten behoeve van een lening aan een warmtebedrijf garant stellen voor meer dan 80% - en dus tot wel 100% - van de uitstaande lening, mits zij dat warmtebedrijf zelf heeft belast met het beheer van een DAEB en het warmtebedrijf naast deze DAEB geen andere activiteiten verricht. Vanzelfsprekend zal, om staatssteun te kunnen uitsluiten, ook aan de andere voorwaarden van de Garantiemededeling voldaan moeten worden.

- 4.5.4 Het 80%-plafond is wel van toepassing indien een overheidslichaam zich garant wil stellen voor een lening die wordt verstrekt aan warmtebedrijf dat niet door datzelfde overheidslichaam is belast met een DAEB, of indien dat warmtebedrijf ook een andere dienst of andere diensten van algemeen economisch belang of economische activiteit uitvoert. Het zal in de praktijk niet vaak voorkomen dat gemeenten zich garant willen stellen voor warmtebedrijven in andere gemeenten, maar het is wellicht wel denkbaar dat een provincie zich garant wil stellen voor een lening aan een warmtebedrijf binnen de provinciegrenzen. In dat geval is het 80%-plafond dus wel van toepassing.

NB: Voor de duidelijkheid merken wij op dat indien het 80%-plafond wel van toepassing is – bijvoorbeeld omdat het warmtebedrijf ook nog andere activiteiten verricht – dit onverlet laat dat overschrijding van het 80%-plafond niet automatisch betekent dat sprake is van staatssteun. Dit lichten wij nader toe in paragraaf 4.6. Ook is van belang dat indien een warmtebedrijf ook andere DAEB's of economische activiteiten verricht, dit onverlet laat dat het in aanmerking komt voor compensatie voor de kosten die met de DAEB('s) gemoeid gaan. Ook als de garantie een steunelement inhoudt, kan deze dus (onder voorwaarden) rechtmatig worden verstrekt. In paragraaf 4.7 gaan wij in op de wijze waarop het steunelement moet worden berekend.

- 4.5.5 Hetzelfde geldt indien het betrokken warmtebedrijf naast de DAEB nog andere economische activiteiten uitvoert. Op grond van de Garantiemededeling moet ook in dat geval het 80%-plafond worden toegepast, wil staatssteun op voorhand uitgesloten kunnen worden.

4.6 Leidt een afwijking van de Garantiemededeling direct tot staatssteun?

- 4.6.1 Een staatsgarantie levert pas staatssteun op als wordt voldaan aan alle cumulatieve criteria van artikel 107, lid 1 VWEU. Een van deze voorwaarden houdt in dat de niet-marktconform voordeel oplevert.
- 4.6.2 De voorwaarden die in paragraaf 3.2 van de Garantiemededeling zijn opgenomen, zijn door de Europese Commissie bedoeld om de aanwezigheid van staatssteun op voorhand te kunnen uitsluiten. Daarmee is niet gezegd dat indien van één van de voorwaarden wordt afgeweken, per definitie sprake is van staatssteun. Ook dan zal nog steeds een afzonderlijke beoordeling moeten plaatsvinden over de vraag of de garantie voldoet aan alle staatssteuncriteria van artikel 107, lid 1 VWEU. Dit houdt in dat ook moet worden beoordeeld of de garantie daadwerkelijk een niet-marktconform voordeel oplevert.
- 4.6.3 Ten aanzien van sommige voorwaarden uit de Garantiemededeling ligt overigens wel voor de hand dat afwijking daarvan kan leiden tot de conclusie dat de garantie een niet-marktconform voordeel oplevert. Wij wijzen specifiek op de voorwaarde opgenomen in paragraaf 3.2, aanhef en onder (d) van de Garantiemededeling, inhoudende dat voor de garantie een marktconforme prijs wordt betaald. Als er geen marktconforme prijs wordt betaald voor de garantie, zal in beginsel sprake zijn van een niet-marktconform voordeel voor de betrokken onderneming. Ter vergelijking wijzen wij op

een overweging van advocaat-generaal Pitruzzella bij het HvJEU, die in dit kader het volgende overwoog:²⁷

“De mededeling inzake garanties specificeert niet uitdrukkelijk wat de gevolgen zijn indien die voorwaarden niet worden vervuld. Niettemin moet worden aangenomen dat indien een of meer van die voorwaarden niet zijn vervuld, dit niet automatisch en noodzakelijkerwijs inhoudt dat er sprake is van staatssteun. Het niet vervullen van een of meer van die voorwaarden geeft aan dat er een aanwijzing is van het bestaan van steun, zodat een nadere analyse noodzakelijk is. In die context is met name de in punt 3.2, onder d), vermelde voorwaarde relevant, te weten dat voor de garantie een marktconforme prijs wordt betaald. Indien die voorwaarde niet wordt vervuld, dat wil zeggen indien de betrokken staatsgarantie is verleend tegen een lagere prijs dan de marktprijs, lijkt het duidelijk dat de betrokken maatregel een voordeel voor de begunstigde kan meebrengen en dus staatssteun vormt.”

- 4.6.4 Voor andere voorwaarden uit de Garantiemededeling ligt dat anders. Ten aanzien van het 80%-plafond zijn wij van mening dat afwijking daarvan niet automatisch tot de conclusie kan leiden dat de betrokken garantie staatssteun inhoudt. In dit kader is ook de ratio achter deze voorwaarde van belang. Hierover overweegt de Europese Commissie het volgende:

“De Commissie is van mening dat, indien een financiële verplichting geheel door een staatsgarantie wordt gedekt, de kredietgever minder wordt geprikkeld om het aan de krediettransactie verbonden risico behoorlijk te onderzoeken, af te dekken en tot een minimum te beperken en, in het bijzonder, om de kredietwaardigheid van de kredietnemer naar behoren te toetsen. Die risicobeoordeling wordt, bij gebrek aan middelen, misschien niet altijd door de overheidsgarant overgenomen. Dit ontbreken van een prikkel om het risico van niet-terugbetaling van de lening tot een minimum te beperken, kan kredietgevers ertoe aanzetten leningen toe te staan met een bovennormaal zakelijk risico en kan er aldus toe leiden dat het aandeel garanties met een hoger risico in de portefeuille van de staat toeneemt. [...]

Wanneer een lidstaat een garantie wil geven die boven het plafond van 80 % uitgaat, stellende dat zulks geen staatssteun is, moet hij dat standpunt omstandig motiveren, bijvoorbeeld op basis van de wijze waarop de hele transactie is geregeld, en moet hij de maatregel bij de Commissie melden zodat zij deze kan beoordelen op zijn eventuele staatssteunkarakter”

- 4.6.5 Uit deze toelichting blijkt dat het 80%-criterium vooral bedoeld is om kredietgevers aan te zetten tot een behoorlijke risicobeoordeling. Het achterwege blijven van die prikkel zou ertoe kunnen leiden dat kredietgevers kredietfaciliteiten met een bovennormaal zakelijk risico afgeven, met als gevolg een hoger risico voor de staatskas.

²⁷ Conclusie A-G G. Pitruzzella van 7 april 2022, Europese Commissie v. Valencia Club de Fútbol, C-211/20 P, overweging 47.

- 4.6.6 Uit deze toelichting blijkt dat de genoemde risico's ter voorkoming waarvan het 80%-plafond is opgenomen, hypothetisch van aard zijn. Zij kunnen zich voordoen, maar dat is geen gegeven. Bovendien is het mogelijk dat een eventueel verhoogd risico dat met een 100%-garantie gemoeid is wordt verdisconteerd in een hogere premie. Dit betekent dat bij overschrijding van het 80%-criterium nog steeds moet worden beoordeeld of de garantie daadwerkelijk een niet-marktconform voordeel oplevert.
- 4.6.7 Het slot van het citaat kan zo worden opgevat dat overschrijding van het 80%-plafond ertoe leidt dat de voorgenomen garantie steeds bij de Europese Commissie moet worden gemeld. Die opvatting is naar onze mening echter onjuist. De verplichting om steunmaatregelen vooraf te melden bij de Europese Commissie vloeit voort uit artikel 108, lid 3 VWEU. Die verplichting geldt alleen voor maatregelen die voldoen aan alle (cumulatieve) criteria van staatssteun die zijn neergelegd in artikel 107, lid 1 VWEU. De Europese Commissie is niet bevoegd om de strekking van deze verdragsrechtelijke bepalingen door middel van een (Garantie)mededeling te wijzigen.
- 4.6.8 Kort en goed concluderen wij dat afwijking van voorwaarden van de Garantiemededeling niet automatisch en noodzakelijkerwijs leidt tot de conclusie dat sprake is van staatssteun die moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. In dat geval kan er aanleiding zijn om aan nadere analyse van de garantiemaatregel uit te voeren, maar als daaruit afdoende blijkt dat niet wordt voldaan aan alle staatssteuncriteria uit artikel 107, lid 1 VWEU – bijvoorbeeld omdat er wel degelijk een marktconforme prijs voor de garantie wordt betaald en dus geen sprake is van een niet-marktconform voordeel – hoeft de maatregel niet vooraf te worden aangemeld bij de Europese Commissie.
- 4.6.9 Ook de literatuur wordt onderschreven dat een garantie niet automatisch staatssteun vormt indien blijkt dat niet wordt voldaan aan de voorwaarden van de Garantiemededeling. Zie bijvoorbeeld: B. Cattrysse & V. Guigue-Koeppen, 'Chapter 15 – Application to specific instrument – state guarantees' in N. Pesaresi e.a. (red.), *EU Competition Law: Volume IV – State Aid: Book One* (Edward Elgar 2021), pp. 457-458; N. Müller 'State guarantees' in F.J. Säcker & F. Montag (red.), *European State Aid Law: A Commentary* (C.H. Beck 2016), p. 1058; C. Quigley, *European State Aid Law and Policy* (Hart 2009), p. 119; L. Hancher, T. Ottervanger & P.J. Slot, *EC State Aids* (Sweet & Maxwell 2006), p. 238; C. Leibenath, 'State liabilities' in M. Heidenhain, *European State Aid Law: Handbook* (C.H. Beck 2010), p. 109.
- 4.6.10 In de literatuur wordt verder tot uitgangspunt genomen dat in algemene zin geen sprake is van een voordeel indien de kredietnemer de garantie onder marktvoorwaarden verkrijgt. Zie bijvoorbeeld: B. Cattrysse & V. Guigue-Koeppen, 'Chapter 15 – Application to specific instrument – state guarantees' in N. Pesaresi e.a. (red.), *EU Competition Law: Volume IV – State Aid: Book One* (Edward Elgar 2021), p. 450; K. Bacon, *European Union Law of State Aid* (Oxford University Press 2013), p. 43; L. Hancher, T. Ottervanger & P.J. Slot, *EC State Aids* (Sweet & Maxwell 2006), p. 235

4.7 Hoe moet het eventuele steunelement van een garantie worden berekend?

- 4.7.1 Als een garantie niet onder marktconforme voorwaarden wordt afgegeven (en aan de overige voorwaarden van artikel 107, lid 1 VWEU voldoet) levert deze staatssteun op. Indien het een garantie betreft ten behoeve van een warmtebedrijf dat belast is met een DAEB, kan deze steun – lees: de steun die gemoeid gaat met de garantie tegen niet-marktconforme voorwaarden – wellicht als rechtmatige compensatie worden verstrekt voor de uitoefening van deze DAEB. Daarvoor is wel vereist dat de omvang van het compensatiebedrag duidelijk is, zodat bijvoorbeeld overcompensatie en overschrijding van het compensatieplafond van EUR 20 miljoen kan worden voorkomen. Zoals eerder gezegd zal in specifieke situaties ook rekening moeten worden gehouden met eventuele andere vormen van compensatie, zoals de inbreng van werkkapitaal onder niet-marktconforme condities.
- 4.7.2 In de Garantiededeling heeft de Europese Commissie ook toegelicht hoe het steunelement in geval van garanties moet worden berekend. Voor individuele garanties overweegt de Europese Commissie het volgende:

“Voor een individuele garantie dient het subsidie-equivalent van een garantie in geld te worden berekend als het verschil tussen de marktprijs van de garantie en de feitelijk betaalde prijs.

Wanneer de markt voor het betrokken soort transactie geen garanties biedt, is er voor de garantie geen marktprijs voorhanden. In dat geval dient het steunbestanddeel op dezelfde wijze te worden berekend als bij het subsidie-equivalent van een zachte lening, namelijk als het verschil tussen de specifieke marktrente die de onderneming zonder de garantie had moeten betalen, en het rentepercentage dat dankzij de staatsgarantie wordt betaald, rekening houdend met eventueel betaalde premies. Ingeval er geen marktrentepercentage voorhanden is en de lidstaat het referentiepercentage als maatstaf wil gebruiken, benadrukt de Commissie dat de voorwaarden van de mededeling over referentiepercentages gelden voor het berekenen van de steunintensiteit van een individuele garantie.”

- 4.7.3 Hieruit blijkt een rangorde tussen de methoden om het steunelement van een garantie vast te stellen:²⁸
- i. Als uitgangspunt geldt dat het steunelement moet worden bepaald aan de hand van het verschil tussen de daadwerkelijk betaalde premie en de benchmark voor de garantiepremie op de financiële markten;
 - ii. Als dat niet mogelijk is omdat de markt in dit geval geen garantie zou afgegeven, moet worden bekeken of het steunelement kan worden berekend aan de hand van het verschil tussen de specifieke marktrente die de onderneming zonder garantie zou moeten betalen en de rente die hij met behulp van de garantie daadwerkelijk betaalt.

²⁸ Dat sprake is van een rangorde in beoordelingswijzen is bevestigd in HvJEU 10 november 2022, Commissie/Vallencia Club de Fútbol, C-211/20 P, overweging 67 e.v.

- iii. Als er geen marktrente voor een vergelijkbare, niet-gegarandeerde lening beschikbaar is, moet de beoordeling worden uitgevoerd aan de hand van het referentiepercentage dat wordt berekend op grond van de Mededeling Referentiepercentages van de Europese Commissie.²⁹

- 4.7.4 Het HvJEU heeft bevestigd dat niet te snel mag worden aangenomen dat een benchmark voor de garanti premie op de financiële markten onmogelijk is. Dat geldt ook indien de betrokken onderneming in moeilijkheden verkeert.³⁰
- 4.7.5 Zoals eerder gezegd is de Garantiemededeling enkel bindend voor de Europese Commissie, maar niet voor gerechtelijke instanties. Dit roept de vraag op of overheden zelf, bij het kiezen van een methode om het steunelement te berekenen, kunnen afwijken van de bovengenoemde hiërarchie. Naar onze mening is dat in ieder geval niet raadzaam. Vooropgesteld zij dat de Europese Commissie verantwoordelijk is voor de handhaving van het staatssteunrecht. In voorkomend geval zal hij dus (wel) deze hiërarchie toepassen. Daarnaast laten ook gerechtelijke instanties zich bij hun beoordeling inzake staatssteun vaak leiden door dergelijke beleidsdocumenten van de Europese Commissie. Tot slot – en niet onbelangrijk – zit er een duidelijke logica achter deze hiërarchie. Het spreekt voor zich dat het voordeel van een garantie zich primair zal doen gelden via een lager dan marktconforme premie. Alleen in uitzonderlijke gevallen – de markt zou de garantie überhaupt niet hebben verleend – ligt het voor de hand een andere methode te kiezen.
- 4.7.6 Kort en goed concluderen wij als volgt. Indien vastgesteld wordt dat een gemeentelijke garantie ten behoeve van een met een DAEB belast warmtebedrijf voldoet aan de criteria van artikel 107, lid 1 VWEU, moet het steunelement worden berekend. Daarbij geldt als uitgangspunt dat het steunelement wordt berekend aan de hand van het verschil tussen de marktprijs voor de garantie en de daadwerkelijk betaalde prijs. Als er geen marktprijs voorhanden is, omdat de markt in dit geval geen garantie zou hebben afgegeven, moet het steunelement worden berekend op basis van het verschil tussen de marktrente voor een vergelijkbare, niet-gegarandeerde lening en de rente die het warmtebedrijf met behulp van de garantie daadwerkelijk betaalt. Als ook die methode niet mogelijk is, moet in plaats van de marktrente voor een vergelijkbare, niet-gegarandeerde lening worden aangesloten bij het referentiepercentage dat wordt berekend aan de hand van de Mededeling Referentiepercentages van de Europese Commissie.

²⁹ Mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (2008/C 14/02).

³⁰ HvJEU 10 november 2022, Commissie/Valencia Club de Fútbol, C-211/20 P, overweging 91.