

- Verschijnt medio 2010 in B. Krot, L. van Middelkoop (red.): *Duurzame energie. Juridische kansen en belemmeringen*. Centrum voor Milieurecht, Universiteit van Amsterdam.

## **De oprichting van een lokaal duurzaam energiebedrijf en het recht Casus energieweb Zuidplaspolder**

Jurgen van der Heijden<sup>1</sup>

### **Inleiding**

De studiedag *Duurzame Energie*, waarvan deze bundel het verslag is, vond plaats tijdens de klimaatconferentie van Kopenhagen. Van tevoren liet Hermann Scheer weten dat hij dit een zinloze conferentie vond.<sup>2</sup> Scheer is een groot voorstander van lokale duurzame energie en daarom verbaast het niet dat hij daarin meer vertrouwen heeft dan in overleg op mondiaal niveau. Ook Jan Rotmans, de drijvende kracht achter de Dag van de Duurzaamheid 2009 en gefascineerd door de vele burgerinitiatieven op deze dag, gaf aan dat verandering van het klimaat uiteindelijk zal komen van de (eco)burger.<sup>3</sup> Nu in Kopenhagen regeringen inderdaad hebben aangetoond dat ze geen oplossing kunnen bieden, zoeken velen het in de richting van lokale duurzame initiatieven, en dan vooral bij de lokale energiebedrijven.<sup>4</sup> Deze bedrijven groeien wereldwijd als kool, ook in Nederland. Een studie in opdracht van de Provincie Drenthe wijst medio 2009 op bijna 34 gemeentelijke initiatieven.<sup>5</sup> Sindsdien heeft de groei stevig doorgezet en wordt gesproken over 75 of meer gemeentelijke initiatieven.<sup>6</sup>

De basis van dit hoofdstuk is een initiatief tot de oprichting van een lokaal duurzaam energiebedrijf: de Energiecentrale Zuidplaspolder. Paragraaf 1 beschrijft de feiten van dit bedrijf door te kijken naar de korte geschiedenis en de stand van zaken begin 2010. De daarop volgende paragrafen gaan in op de voornaamste juridische vraagstukken: het ontwerp van het bedrijf, de samenwerkingsovereenkomst en de statuten, de aanbesteding en het bestemmingsplan. Paragraaf 6 kijkt tot besluit vooruit: wat vraagt in de nabije toekomst aandacht van praktijk en rechtswetenschap? De bijlage geeft een overzicht van het meest toepasselijke recht.

---

<sup>1</sup> Jurgen van der Heijden werkt als adviseur voor AT Osborne en is als gastonderzoeker verbonden aan het Centrum voor Milieurecht (UvA). Hij is van 2006 tot 2010 betrokken geweest bij de oprichting van de Energiecentrale Zuidplaspolder. De auteur bedankt Roelof Kooistra (Grontmij) en Arend Bosma en Leo Heijdra (beide Provincie Zuid-Holland) voor hun samenwerking gedurende deze periode. Dit hoofdstuk is tot stand gekomen dankzij financiering van de provincie. Ook dankt de auteur Bas de Wit voor zijn kennis die in dit hoofdstuk een grote rol speelt, zie ook elders in deze bundel.

<sup>2</sup> Hermann Scheer, de Duitse oud minister van Energie die verantwoordelijk was voor de veel geprezen energiewet die Duitsland tot wereldspeler in duurzame energie maakte. Bron: 'Kopenhagen nutteloze exercitie; duurzame energie moet op lokaal niveau', Katrijn de Ronde in *Energieia*, [www.energieia.nl](http://www.energieia.nl), 4 december 2009.

<sup>3</sup> Duurzame samenleving komt van onderop, Interview met Jan Rotmans in *Trouw*, 8 september 2009.

<sup>4</sup> Zie o.a. Peter van Vliet, Terugkijken is vooruitzien, in *Duurzaamnieuws 102*, [www.duurzaamnieuws.nl](http://www.duurzaamnieuws.nl), 7 januari 2010, en zie Rupert Read, Beyond Copenhagen: what kind of bottom-up climate activism do we need? in *Open Democracy*, [www.opendemocracy.net](http://www.opendemocracy.net), 4 January 2010.

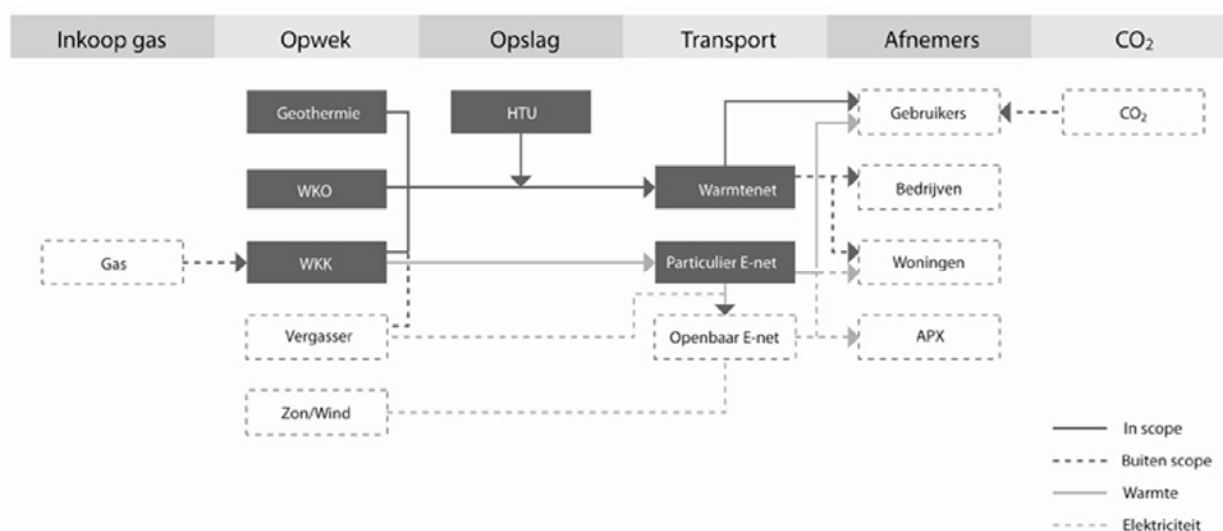
<sup>5</sup> Studie: handvol van 34 lokale plannen doet term 'nieuw energiebedrijf' recht aan, Frank Straver in *Energieia*, [www.energieia.nl](http://www.energieia.nl), 21 juli 2009.

<sup>6</sup> Lokaal Duurzaam Energiebedrijf: van plan tot actie, Driebergen 14 & 15 april 2010, Institute for International Research.

## 1 De Energiecentrale Zuidplaspolder

De Zuidplaspolder ligt in Zuid-Holland en is van oorsprong een droogmakerij met een agrarisch karakter. In het noordelijke deel, in Waddinxveen, is een grootschalige investering aanstaande in een energieweb. De gebruikers zijn voor het overgrote deel kassen, en voor een klein deel woningen en bedrijven. Het web verbindt hen met decentrale energiebronnen die warmte, elektriciteit en gas leveren, en daarnaast zuivere CO<sub>2</sub> voor de kassen. Alles wat via de bijbehorende leidingen loopt, wordt getransporteerd en afgerekend via de beheerder van het web, de ECZ. Het web zorgt ook voor het uitbalanceren van oneffenheden in de productie van energie en de afname door klanten via uitwisseling en buffering van warmte, elektriciteit, CO<sub>2</sub> en gas.

Op het energieweb kunnen alle mogelijke leveranciers en afnemers aansluiten. Sommige zijn *in scope*, dat wil zeggen binnen de activiteiten van de ECZ, zie afbeelding. Ander leveranciers en afnemers kunnen aansluiten, maar zijn geen activiteit van de ECZ; zij vallen *buiten de scope*, zie afbeelding.



Leverantie kan komen van Warmte Koude Opslag (WKO), Warmte Kracht Koppeling (WKK), geothermie, (bio-)vergassing, zonnepanelen, windmolens en restwarmte. Aandrijving van de WKK geschiedt voor een belangrijk deel met natuurlijk gas. Dit aandeel in leverantie aan het energieweb is niet duurzaam.<sup>7</sup> Voor zover een eigen vergasser voor gas zorgt, is het web wel duurzaam. Uitgangspunt is dat het energieweb bij aanvang voor 40% duurzaam is, groeiend naar 100% in 2035. Het web moet de mogelijkheid hebben om nieuwe, duurzamere opties moeiteloos in te zetten, waarbij minder duurzame opties zelfs uitgesloten moeten kunnen worden.

<sup>7</sup> Volgens Europese elektriciteitsrichtlijn 2003/54/EG en WKK-richtlijn 2004/8/EG valt ook hoogrenderende WKK onder duurzaam geproduceerde elektriciteit, maar in de plannen voor de ECZ is de WKK meegenomen als niet-duurzaam onderdeel.

Opslag van lage-temperatuurwarmte vindt plaats in de WKO en opslag van hoge-temperatuurwarmte in de Hoge Temperatuur Unit, HTU. Deze hoge-temperatuurwarmte komt van WKK, vergasser en geothermie. WKK en vergasser leveren warmte aan het warmtenet en elektriciteit aan het elektriciteitsnet van de ECZ. Dat kan een eigen E-net zijn, met een koppeling met het openbare E-net, maar mogelijk is een eigen net te duur en vindt directe uitwisseling plaats met het openbare net. Overschotten elektriciteit kunnen verhandeld worden op de open markt, de APX.

Uitbreiding naar andere delen van de Zuidplaspolder en koppeling aan andere energiewebben liggen in de toekomst voor de hand. Daarvoor, en om te beginnen voor het gebied in Waddinxveen, is een apart energiebedrijf nodig: de Energiecentrale Zuidplaspolder. Deze ECZ zal de bouw van het web verzorgen, evenals de exploitatie. De exploitatiefase bestaat uit energie opwekken, opslaan, transporteren en verhandelen (inkopen en verkopen). De ontwikkeling van het energieweb in de Noordelijke Zuidplaspolder zit in de fase waarin het private consortium de laatste stappen neemt in de richting van de fysieke ontwikkeling van het web. Belangrijke handelingen hiertoe zijn het ontwerpen van de ECZ en het opstellen van de samenwerkingsovereenkomst (SOK) tussen de consortiumpartijen over de oprichting van de ECZ. De vraag die de betrokken partijen voor zichzelf moeten beantwoorden, is de volgende: 'hoe realiseren wij in het Noordelijke deel van de Zuidplaspolder een systeem waarbij het gebruik van warmte, elektriciteit, CO<sub>2</sub> en gas op een optimaal duurzame manier plaatsvindt en welke organisatie vergt dit?'

Met alle zekerheden en onzekerheden die de ontwikkeling van het energieweb in dit stadium kent, is er goede hoop dat de betrokken partijen binnen afzienbare termijn een samenwerkingsovereenkomst (SOK) sluiten. Dit is de opvolger van een convenant dat in 2007 werd ondertekend. Het convenant is opgesteld op initiatief van de Provincie Zuid-Holland en de provincie heeft de totstandkoming van de SOK actief ondersteund. Basis van de SOK is een schets van de onderneming, de ECZ, die het energieweb gaat beheren en exploiteren. Cruciaal om partijen zover te krijgen deze onderneming te willen oprichten, is uitrekenen wat deze gaat produceren en tegen welke kosten en opbrengsten. Onderdeel van die stap is ook het vastleggen van de doelstelling Duurzaamheid voor Winst. De ECZ wil voor alles duurzaam zijn door te streven naar een Energieprestatie op Locatie (EPL) van 8. Alleen binnen die randvoorwaarde kan winst behaald worden, dat is Duurzaamheid voor Winst.

## 2 Het ontwerp van het bedrijf

### 2.1 Algemeen

De vorm volgt de inhoud. Het organisatiemodel van een energiebedrijf moet aangepast zijn aan de inhoudelijke werkzaamheden. Dit begint met de bouwfase waarin het energiebedrijf de infrastructuur aanlegt. De exploitatiefase bestaat uit het transporteren en verhandelen van energie tussen leveranciers van die energie en de afnemers daarvan. Voor het transport krijgt het bedrijf een vergoeding waarmee het in principe de infrastructuur moet kunnen betalen en de opslag in de HTU. Het energiebedrijf kan eigenaar zijn van de infrastructuur en de HTU. Het verdient echter aanbeveling infrastructuur en HTU onder te brengen in een aparte vennootschap. Een variant is handel in de ene vennootschap en infrastructuur, transport en opslag in de andere vennootschap.

Een reden tot splitsing is de wet, als splitsing verplicht is, en een andere reden is de allocatie van risico's. Een faillissement van de handelsvennootschap kan de infrastructuurvennootschap ongemoeid laten, die vervolgens in zee kan met een andere handelsvennootschap. Tegen splitsing pleit dat financiers moeten worden gevonden voor de infrastructuur, die genoeg nemen met een lager maar stabiel rendement. Voor splitsing pleit dat deelname in de infrastructuurvennootschap de overheid een passende positie kan verschaffen om te kunnen deelnemen en zo invloed te kunnen hebben op tarief en nettoegang.

Er zijn tuinbouwgebieden met een particulier elektriciteitsnet, bijvoorbeeld omdat de aanwezige WKK's veel elektriciteit produceren voor eigen gebruik. Zij transporteren binnen het eigen gebied. Doen ze dat over het openbare net, dan betalen ze daarvoor transportkosten. Daarop kunnen ze besparen met een eigen net, maar dan moeten ze wel eerst fors kosten maken voor de bouw van dit net en vooral voor onderstations. De transportkosten moeten met andere woorden zo hoog zijn dat deze investering wordt terugverdiend. Idee is dat dit in het geval van de ECZ niet het geval zal zijn. Dan is samenwerking nodig met het bedrijf dat van de eigenaar van het openbare net de concessie heeft om dat te beheren, zoals Liander of Stedin.<sup>8</sup> Meest voorkomende model is dat zo'n concessiehouder de infrastructuur voor elektriciteit aanlegt en beheert. Daarnaast kan de ECZ elektriciteit inkopen van een leveringsbedrijf (Eneco of een ander). Dit bedrijf zorgt voor levering aan kleinverbruikers en facturering, maar de ECZ kan er ook voor kiezen dit zelf te doen.

### 2.2 Privaat geld

Het bedrijf moet de mogelijkheid hebben kapitaal aan te trekken van derden, hetzij door middel van een lening, hetzij door uitgifte van aandelen aan nieuwe aandeelhouders. Hierdoor wordt voorkomen dat het bedrijf in een impasse raakt als de aandeelhouders niet meer kunnen of willen bijdragen.

Niet ongebruikelijk is dat de aandeelhouders bij een dergelijk project zich verplichten tot (a) een zeker bedrag (*business case*, vermeerderd met veiligheidsmarge) te storten en (b) hun aandeel niet tijdens een bepaalde periode (meestal tot het einde van de bouw) te vervreemden (*lock-up*).

---

<sup>8</sup> Standaard is samenwerking met de concessiehouder. Wie daarvan wil afwijken, moet ontheffing aanvragen op basis van artikel 15, lid 1, Elektriciteitswet 1998, Stb 1998, 427.

Het bedrijf mag investeringen aantrekken van zowel private als publieke partijen. Publieke investeerders hebben wel te maken met bepaalde voorschriften waaronder de Wet Fido, risicovolle investeringen<sup>9</sup>, en het groepsverbod uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet<sup>10</sup>, maar deze vormen niet noodzakelijkerwijs een belemmering.

De omzet en winst van het energieweb zijn niet gemaximeerd op grond van een specifieke wettelijke bepaling, tenzij de Warmtewet van toepassing is.<sup>11</sup> Die regelt onder meer dat warmteleveranciers binnen hun gebied geen gebruik kunnen maken van een monopoliepositie. Belangrijk instrument is een maximumprijs, vastgesteld door de Minister van Economische Zaken, op basis van het Niet Meer Dan Anders (NMDA) principe: de klant van een warmtenet betaalt niet meer dan hij ergens anders voor warmte moet betalen. De warmtewet betreft enkel de kleinverbruikers in het gebied, de woningen, en niet de tuinders.

De hoogte en voorspelbaarheid van het dividend dat de ECZ uitkeert, hangen onder meer af van het gekozen model: wordt het bedrijf een profit center of een cost center? Een profit centre probeert zoveel mogelijk aan energie te verdienen. Het zoeken is naar een zo hoog mogelijke prijs die de klanten willen betalen, ook als zij aandeelhouders zijn, zoals tuinders. De aandeelhouders krijgen een zo hoog mogelijk dividend. Een cost centre probeert de kosten voor energie in de hand te houden. De deelnemers zijn minder geïnteresseerd in dividend en meer in lage energielasten. Het bedrijf als cost centre past het beste bij het aansluiten van zoveel mogelijk tuinders die samen sterker staan om hun kosten te beheersen. Het bedrijf als profit centre past het beste bij een aantal kapitaalkrachtige investeerders die een goede *return on investment* zoeken.

Op grond van de Warmtewet, Elektriciteitswet 1998 en Gaswet is het in geval van de ECZ niet nodig om te splitsen tussen een leverings- en distributiebedrijf.<sup>12</sup> Een splitsing mag natuurlijk wel worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat sommige investeerders willen deelnemen in een leveringsbedrijf, maar niet in een distributiebedrijf (of omgekeerd). Dat is onnodig als bijvoorbeeld het handelsbedrijf wordt georganiseerd als een *profit centre* en het infrastructuurbedrijf als een *cost centre*.

Dan zoekt dit laatste bedrijf geen winst en is het gewoon een onderdeel binnen het energiebedrijf, bedoeld voor transport. Als dit infrastructuurbedrijf winst moet maken, of als de initiatiefnemers het willen vervreemden aan een belegger heeft splitsing wel zin, maar daarvoor is in het geval van ECZ niet gekozen.

### 2.3 Publiek geld

Om te beginnen heeft de Provincie Zuid-Holland de totstandkoming van het energieweb vanaf het prille begin ondersteund met eigen menskracht en door adviseurs in te huren. Verder zijn in de bijlage diverse subsidieregelingen aangegeven. Zo geldt de Energie Investering Aftrek (EIA) en de EZC kan daarvan profiteren. De ECZ heeft een subsidie toegezegd gekregen vanuit het Nota Ruimte Budget. Deze dient om de onrendabele top af te dekken en daarop zijn de Europese regels voor

---

<sup>9</sup> Artikel 2 t/m 6 Wet financiering decentrale overheden (FIDO), Stb. 2000, nr. 587.

<sup>10</sup> Rechtspersonen of vennootschappen die een net beheren mogen niet deel uitmaken van een zelfde groep (concern) als rechtspersonen of vennootschappen die energie produceren of daarin handelen, art. 10b, eerste lid, Elektriciteitswet 1998 en zie ook art. artikel 2c, eerste lid, Gaswet, Stb. 2000, 305.

<sup>11</sup> Deze is aangenomen door de Eerste Kamer, Kamerstukken I 2009/10, 29 048 en wordt juli 2010 gepubliceerd.

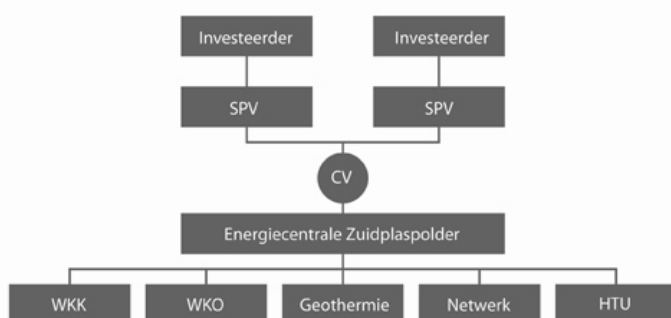
<sup>12</sup> Splitsing van energiebedrijven dient om consumenten te beschermen en meer marktwerking te doen ontstaan. Als energieweb tussen tuinders hoeft de ECZ niet gesplitst te worden, vandaar dat dit complexe leerstuk hier niet aan de orde is en geen verdere aandacht krijgt.

staatssteun van toepassing. In het kader daarvan is een Memorandum of Prenotification geschreven waarin betoogd wordt dat het energieweb in aanmerking komt voor staatssteun, zodat de subsidie niet ongerechtvaardigd is.

De normen rondom staatssteun geven aan dat een marktconforme bijdrage geen staatssteun is en niet-marktconforme steun wel. Marktconform wil zeggen dat de onderneming een vergoeding betaalt voor de steun die hij in de markt ook zou moeten betalen. Betaalt hij een lagere vergoeding, dan is dat in de regel niet toegestaan. De Europese Commissie biedt, op basis van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), kaders waarbinnen de overheid toch staatssteun mag verlenen.<sup>13</sup> Deze betreffen doel, vorm, intensiteit en duur van de steun, cumulatie met andere steun, rechtvaardiging van de steun. Dergelijke staatsteun moet worden gemeld bij de Commissie. Daarnaast mogen overheden activiteiten steunen die vallen onder de Algemene Groepsvrijstelling.<sup>14</sup> Het energieweb valt daaronder, omdat duurzame energie een activiteit is die overheden mogen steunen. Het Memorandum of Prenotification is geschreven om dat in overleg met de EC vast te stellen.

## 2.4 Risico

Gedurende de bouwfase van het web is het aan te bevelen een commanditaire vennootschap (cv), op te richten. Deze zorgt voor fiscale transparantie en een optimalisatie van de verliesverrekening gedurende de bouwfase. Dit is een vorm van risicobeheersing in verband met de mogelijke aansprakelijkheid naar komend recht van de stille vennoot. Om die reden doen de initiatiefnemers er goed aan om niet direct deel te nemen in het energiebedrijf, en de bouw daarvan, maar om dat over te laten aan een *Special Purpose Vehicle* (SPV). Dit is een beproefde structuur voor bouwprojecten. Na de bouw is de cv niet meer nodig voor verrekening van aanloopverliezen. Deze kan verdwijnen uit de structuur en tuinders (en anderen) kunnen toetreden tot de ECZ als belegger, niet individueel, maar via een vehikel. De initiatiefnemers kunnen, indien gewenst, (gedeeltelijk) uitstappen na de bouw. Zij kunnen hun aandelenbelang in de infrastructuur eventueel verkopen aan een lange-termijnbelegger; desgewenst blijven zij het beheer uitvoeren op grond van een exploitatieovereenkomst.



<sup>13</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/state-aid/index\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state-aid/index_nl.htm)

<sup>14</sup> Verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard ( de algemene groepsvrijstellingsverordening ), Pb 2008 L 214/3.

### 3 Samenwerkingsovereenkomst en statuten

De Samenwerkingsovereenkomst (SOK) legt de voornaamste keuzes vast die de private partijen maken bij het ontwerp van hun bedrijf. Besluiten zij bijvoorbeeld tot een heldere scheiding tussen de bouw- en de exploitatiefase, en niet tot een splitsing in een handels- en transportbedrijf, dan is de SOK de eerste plek om dat in te regelen. Het stadium ná de SOK is de eigenlijke oprichting van het bedrijf door middel van het opstellen van statuten. De statuten bevatten, naast een nauwkeurige omschrijving van de doelstelling van het bedrijf, regelingen voor:

- benoeming, ontslag en schorsing van bestuurders;
- vertegenwoordiging van de vennootschap door de bestuurder(s) (alleen, gezamenlijk);
- benoeming, ontslag en schorsing van commissarissen;
- goedkeuring commissarissen voor bepaalde bestuurshandelingen (investeringen, leningen, inhuur werknemers, uitbesteding werkzaamheden, aangaan contracten met afnemers (buiten bepaalde parameters) etc.);
- goedkeuring jaarlijks business plan en budget;
- stemrecht en dividendrecht verbonden aan de aandelen;
- uitgifte, c.q. inkoop van aandelen door de vennootschap zelf;
- overdracht van aandelen (exit-regeling);
- winstbestemming (reserveren of uitkering als dividend); en
- oproeping en quorum aandeelhoudersvergadering.

Daarnaast bevatten de statuten meer technische regelingen (statutaire zetel, etc.).

De Raad van Commissarissen houdt toezicht op het bestuur en ziet toe op (a) het stellen van tarieven, (b) aanbesteding, (c) contractvorming, (d) openstelling netwerk, (e) dividend. Dit kan specifiek worden gemaakt door voor bepaalde handelingen van het bestuur de voorafgaande goedkeuring van de Raad van Commissarissen te verlangen. Behalve voor de genoemde punten, is de voorafgaande goedkeuring van de Raad van Commissarissen ook vaak vereist voor besluiten met betrekking tot het aantrekken/verstrekken van leningen, aangaan of wijzigen van arbeidsovereenkomsten (al dan niet in combinatie met een drempelbedrag), en het aangaan of wijzigen van verplichtingen boven een bepaald drempelbedrag. De Raad van Commissarissen kan ook toezien op het behalen van de doelstelling Duurzaamheid voor Winst (eerst EPL 8, dan winst). Voor vastlegging van deze doelstelling zijn de statuten geschikt, maar deze vormen daarvoor geen rechtens afdwingbare verplichting. Als dat het doel is, dan komen samenwerkingsovereenkomst, vergunningsvoorwaarden etc. in beeld.

De leverplicht aan de kassen en woningen in de Zuidplaspolder moet in ieder geval contractueel worden vastgelegd, waarbij prikkels moeten worden ingebouwd op niet-nakoming van de leveringsplicht, en van de af te spreken *service levels*, het kwaliteitsniveau van de dienstverlening. Dit kan in de vorm van boetes bij niet-naleving (negatieve prikkel), of *incentives* (positieve prikkels) bij het behalen van bepaalde service levels, zoals de mate van beschikbaarheid. Het is mogelijk om een vertegenwoordiger van de gemeente lid te maken van de Raad van Commissarissen.

Een andere mogelijkheid, onder meer toegepast in Delft, is de gemeente voorzien van een prioriteitsaandeel in het bedrijf.

Op basis daarvan is de gemeente aandeelhouder in het bedrijf met het recht om op bijzondere terreinen mee te beslissen, zoals het vaststellen zijn van de jaarlijkse inspanning om binnen de EPL-8-eis te blijven. Er kunnen jaren voorbijkomen waarin dat moeilijk ligt, of er kan de technologie dichterbij komen om een hogere doelstelling Duurzaamheid voor Winst te eisen. Overleg is dan nodig en op dat moment kan het aandeelhouderschap van de gemeente belangrijk zijn.

## 4 Aanbesteding van de bouw van het energieweb door de ECZ

De bouw van het energieweb is mede door Europa gereguleerd. De Europese aanbestedingsrichtlijn 2004/17/EG vormt het aanbestedingsrechtelijke kader voor het verlenen van opdracht in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. Met het Besluit aanbestedingen speciale sectoren ('Bass') is deze richtlijn in Nederland geïmplementeerd.<sup>15</sup> Op grond van het Bass dienen aanbestedende diensten opdrachten Europees aan te besteden wanneer de waarde een drempelwaarde overschrijdt en wanneer zij worden gegund in het kader van de in artikel 2 t/m 7 Bass genoemde activiteiten. Als aanbestedende dienst in de zin van het Bass worden aangemerkt overheden<sup>16</sup>, overheidsbedrijven en houders van bijzondere of uitsluitende marktrechten, voor zover deze een van de in artikel 2 t/m 7 Bass genoemde activiteiten verrichten (artikel 1 sub 1 Bass).

Een private partij kan onder de werking van richtlijn 2004/17/EG en het Bass vallen, indien aan deze partij een bijzonder of uitsluitend recht is verleend. Een bijzonder recht is – kort gezegd – een recht dat bij wettelijk voorschrift, of bij besluit van een bestuursorgaan aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied het verrichten van diensten of het uitoefenen van activiteiten aan bepaalde ondernemingen (direct of indirect) wordt voorbehouden, op basis van andere dan objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria<sup>17</sup> (artikel 1 sub v Bass).<sup>18</sup> Private partijen, die kwalificeren als aanbestedende dienst in de zin van het Bass, dienen opdrachten die zij in het kader van een 'speciale sector activiteit' gunnen en waarvan de waarde de betreffende drempelwaarde overschrijdt, Europees aan te besteden.

Als 'speciale sector activiteit' wordt in het Bass onder meer aangemerkt de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van warmte, alsmede de warmtetoevoer naar dergelijke netten (artikel 2 Bass). Dit geldt ook voor gas en elektriciteit (artikel 2 en 3 Bass). Het Bass biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om – na het publiceren van een aankondiging – een onderhandelingsprocedure te volgen.

In een dergelijke procedure kan een aanbestedende dienst, na het voeren van onderhandelingen, gunnen aan de meest geschikte private partij. Aangenomen wordt dat de ECZ een privaat bedrijf is dat kwalificeert als aanbestedende dienst en door middel van onderhandeling een opdracht tot bouw zal moeten verstrekken.

---

<sup>15</sup> Stb. 2005, 409.

<sup>16</sup> De Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling.

<sup>17</sup> Volgens de Europese Commissie dient de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten op basis van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria gepaard te gaan met een passende vorm van bekendmaking. Zie de 'explanatory note' van de Europese Commissie over bijzondere en uitsluitende rechten van 18 juni 2004 (CC/2004/33).

<sup>18</sup> Zie ook de 'explanatory note' van de Europese Commissie over bijzondere en uitsluitende rechten van 18 juni 2004 (CC/2004/33).

## 5 Het Bestemmingsplan

Het bestemmingsplan mag duurzaamheid alleen regelen als dit een direct verband houdt met de bestemming die aan het bestemmingsplangebied wordt toegekend. De voorschriften moeten rechtstreeks betrekking hebben op het ruimtebeslag van deze gronden zelf of effect hebben op het ruimtegebruik van nabijgelegen gronden.<sup>19</sup> Hieruit volgt dat eisen met betrekking tot duurzame energie in het bestemmingsplan kunnen worden opgenomen voor zover deze ruimtelijk relevant zijn. Dit mogen bovendien alleen eisen zijn die voortkomen uit het ruimtelijk gebruik. Ten aanzien van, aan de soorten duurzame energie gerelateerde, eisen in een bestemmingsplan kan worden gedacht aan:

- warmtelevering door gebruik van restwarmte: een voorbeeld hiervan is het gebruik in woningen of bedrijven van restwarmte die vrijkomt bij elektriciteitscentrales, industrie en afvalverbranding;
- warmteopwekking door een kleinschalige warmte-krachtinstallatie;
- gebruik maken van overige duurzame energiebronnen: dit betreft onder meer aardwarmte, lange termijn koude- of warmteopslag in de bodem, zonne-energie, biomassacentrales en warmtepompen.

Voorbeelden van de invulling van dergelijke eisen zijn het vastleggen, in de voorschriften en op de plankaart van:

- randvoorwaarden voor passieve en actieve zonne-energie, als zuid-oriëntatie van bebouwing, dakhellingen, nokrichtingen en onderlinge oriëntatie van bebouwing ter vermindering van beschaduwing;
- hoge(re) netto dichtheden of een differentiatie in dichtheden in deelgebieden van het bestemmingsplan;
- rooilijnen;
- ruimteclaims ten behoeve van collectieve, of decentrale warmtelevering, of energie-opwekking (windturbines, bio-energiecentrale).

Naast het invullen van eisen in het bestemmingsplan, zoals hierboven, kan worden gedacht aan een globaal bestemmingsplan, instructies via de Beschrijving in Hoofdlijnen, nadere eisen voor het bouwplan, of het in de toelichting opnemen dat bijvoorbeeld het plaatsen van warmtevragende ruimten aan de zuidzijde van gebouwen aandachtspunt wordt bij het gebouwoontwerp in latere fases.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> ABRvS 9 juni 1998 E01.95.0148 BR 1998, 936. Dubo-maatregelen op gebouwniveau kunnen niet in een bestemmingsplan geregeld worden. Dit was bijvoorbeeld gedaan in Amsterdam, IJ-oever, maar dit is door de Raad van State, afd. Bestuursrechtspraak, vernietigd in een uitspraak op 9 juni 1998, AB 1998, 338, IJ-oever Amsterdam.

<sup>20</sup> Handreiking Ruimtelijke Ordening en Milieu voor ruimtelijke plannen, VROM Inspectie, maart 2005, pagina 116 e.v.

Het criterium “Goede ruimtelijke ordening” is in de nieuwe Wro gehandhaafd. Hieronder valt ook het opnemen van kwaliteitseisen in het bestemmingsplan. Onder een kwaliteitseis wordt volgens de Memorie van toelichting verstaan: ‘een wettelijke eis die zich primair richt tot de overheid en waarin met behulp van een kwaliteitswaarde wordt voorgeschreven aan welke kwaliteit een onderdeel van de omgeving moet voldoen’<sup>21</sup>. De kwaliteitseisen en gebruiksbepalingen moeten altijd op een of andere wijze kunnen worden vertaald in ruimtelijke maatregelen en regels die passen binnen het bestemmingsplan.<sup>22</sup>

Afspraken met betrekking tot energie kunnen slechts in een bestemmingsplan worden opgenomen voor zover deze aan de eisen van de wetgever voldoen zoals deze naar voren komen in de Memorie van toelichting. Het moet gaan om effecten van activiteiten binnen het bestemmingsplangebied die beheersbaar zijn door de gemeenteraad. De afspraken met betrekking tot energie moeten vertaald kunnen worden in ruimtelijke maatregelen. Hierbij kan worden gedacht aan het vastleggen van ruimteclaims op de plankaart voor bijvoorbeeld collectieve systemen of systemen voor het opwekken van energie.

Naast de instrumenten die het bestemmingsplan biedt, kunnen in het exploitatieplan uit de Grondexploitatiewet zogenoemde ‘locatie-eisen’ worden opgenomen. Door middel van locatie-eisen kan de gemeente eisen stellen aan de kwaliteit van een (nieuwbouw) locatie. Gemeenten kunnen eisen stellen aan de werken en werkzaamheden voor het bouwrijp maken, de aanleg van nutsvoorzieningen en de inrichting van de openbare ruimte. Welke eisen aan nutsvoorzieningen kunnen worden gesteld, wordt door de Grondexploitatiewet niet verder omschreven. De Handreiking Grondexploitatiewet biedt enkele aanknopingspunten.<sup>23</sup> Voor het plangebied van de ECZ is vooral van belang dat de gemeente aangeeft welke nutsvoorzieningen er zullen komen en op welke plaatsen leidingen en eventuele bouwwerken en gebouwen gesitueerd moeten worden. Volgens de Handreiking kan gemeenten in het exploitatieplan voorschrijven dat voor bepaalde kabels gebruik gemaakt moet worden van mantelbuizen. Zij moet dan de ligging daarvan aangeven, zodat in het ECZ-gebied goed en efficiënt gebruik van de ondergrond kan worden gemaakt.

---

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28916, nr.3 pagina 21 noot 47.

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28916, nr.3 pagina 22.

<sup>23</sup> Handreiking Grondexploitatiewet, Joop van den Brand, Ernst van Gelder en Hendrik van Sandick (Red.), Sdu Uitgevers bv Den Haag, 2008.

## 6 Conclusie en vooruitblik

Duurzaamheid zit verknoopt in onze eigen omgeving. Onze woningen, leidingen, bodem, water en landschappen zijn voor veel meer functies geschikt dan waarvoor we ze nu gebruiken. Er is veel capaciteit aanwezig die we sinds de invoering van onze centrale productie- en distributievoorzieningen uit het oog zijn verloren. Dat geldt zeker voor energie. In de zomer vangt het water in een aantal dagen evenveel energie op als Nederland in een heel jaar nodig heeft voor verwarming en koeling. Waarom benutten we bijvoorbeeld het water, dat we gebruiken om onze huizen te verwarmen, niet meteen om onze toiletten mee door te spoelen? Indien het hierbij gaat om overtollig water uit een poldergebied, dan doen we ook nog aan waterbeheer.

Een vergelijkbaar voorbeeld geldt voor bio-energie. Jaarlijks levert een kilometer houtwal een kleine 200 m<sup>3</sup> snoeihout op. Gebruiken we dit om een zorgcentrum mee te verwarmen, dan combineren we landschapsbeheer met zorg en energievoorziening.<sup>24</sup> Het zorgcentrum krijgt goedkope schone energie uit eigen omgeving. Het snoeihout krijgt daarnaast ineens een marktwaarde en levert geld op in plaats van dat het geld kost. Dit maakt het aantrekkelijk voor loonbedrijven om het te verzamelen en versnipperen. Door de voorzieningen om ons heen slim te combineren, verenigen we belangen en wordt het ineens een stuk interessanter om de invulling van onze eigen behoeften weer dicht bij huis te zoeken.<sup>25</sup>

Menig lokaal duurzaam energiebedrijf is er om de kosten voor de energievoorziening te beheersen en niet om daarop grote winst te maken. Is een bedrijf gericht op hoog mogelijke winst, dan probeert het zoveel mogelijk energie te produceren. Is een bedrijf gericht op het beheersen van kosten, dan is het een aantrekkelijke partner voor partijen die ook hun kosten proberen te beheersen, zoals een zorgcentrum, of een landschapsbeheerder. Door te delen wat zij hebben, verlagen partners hun kosten. Vaak richten zij daarvoor een coöperatie op. Steeds meer partijen maken op deze wijze economie en lokale duurzame energiebedrijven passen perfect in dat beeld. Een bedrijf dat puur gericht is op maximaliseren van de winst heeft daar meestal geen tijd voor.

Het recht heeft een enkelvoudig karakter en is daarom vaak een onhandig instrument als het gaat om het onderling delen en combineren van 'assets' (*asset sharing*). Zo is het voor een zorgcentrum dat valt onder de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) niet eenvoudig om aan te tonen dat AWBZ-geld voor gebouwen is gestoken in duurzame energie. Hetzelfde geldt voor de wettelijke basis van financiering aan scholen en woningcorporaties die het deze partijen niet onmogelijk, maar ook niet eenvoudig maakt om assets te combineren. De gedachte achter de Interimwet Stad- en Milieubenadering is dat een ontheffing van een wettelijke verplichting mogelijk moet zijn als iedereen profiteert van een mooie duurzame oplossing.<sup>26</sup> Helaas geeft deze wet alleen ontheffing van enkele wetten uit het omgevingsrecht en geen ontheffing van wetten op terreinen als zorg, onderwijs en volkshuisvesting. Misschien zou het daarvan moeten komen?

---

<sup>24</sup> Voorbeeld uit Beesterzwaag waar een biomassaverbrander duurzame energie levert aan twee nabij gelegen zorginstellingen.

<sup>25</sup> Maarten Venselaar, Synenergy, Combinatie van energie en omgeving, in *Combineer wat je hebt, Duurzaamheid door de combinatie van maatschappelijke functies*, Jurgan van der Heijden (Red.), januari 2010, Eburon, Delft.

<sup>26</sup> Stb. 2006, 37.

De huidige energieleverantie gebeurt overwegend door bedrijven die het 'ontzorgmodel' toepassen. Oude en nieuwe leveranciers, zoals Nuon of Oxxio, nemen alle zorgen uit handen. Het zijn profit centres die alle zorgen van de klant uit handen nemen en daarop winst maken. Met lokale energiebedrijven is het 'zelfzorgmodel' in opkomst, maar dat staat nog in de kinderschoenen. Zij kunnen streven naar winst, maar zijn er veelal om de kosten voor de energievoorziening te beheersen. Het zijn cost centres en daarmee een aantrekkelijke partner voor andere partijen die ook hun kosten proberen te beheersen. Kunnen dergelijke beginnende bedrijfjes zich door de grote laten ondersteunen, zoals Vogelwijk Energie in Den Haag dat wordt ondersteund door Eneco en de Stichting Natuur en Milieu?

Wat wordt precies de onderlinge relatie tussen de beginnende en de grote bestaande (energie)bedrijven? Zeker als een grotere investering voor de deur staat, bijvoorbeeld een windmolen, of een biomassacentrale, kan het helpen als een sterke partner daar geld in stopt, en meer dan dat. Ook kennis en leveringszekerheid kunnen komen van grote bestaande energiebedrijven. Wat deze bedrijven weten, maar er vaak niet bij vertellen, is dat andere bedrijven dit ook kunnen leveren. Dat maakt het aanbod van ondersteuning door sterke partners niet minder interessant, maar dat aanbod hoeft niet van energiebedrijven te komen.

Een ander probleem van de huidige grote energiebedrijven is dat hun duurzame afdelingen veelal rendementen moeten halen die vergelijkbaar zijn met die van andere afdelingen. Zij kunnen zich dus enkel binden aan een lokaal initiatief als de initiatiefnemers daar bereid zijn om een prijs te betalen die een winst garandeert van tien procent, en het liefst meer. Voor veel lokale initiatiefnemers is hun energiebedrijf echter een *cost center*. Zij gebruiken het om hun kosten voor energie laag te houden, waarbij een marge van vijf procent kan volstaan om te overleven. En zij huren een dure partner enkel in om iets te doen wat zij zelf niet kunnen. Daar zit een markt voor leveranciers van materiaal en diensten, maar geen markt voor een, extern, groot bestaand energiebedrijf dat 10% of meer wil verdienen aan energie.

Een ander en misschien nog wel zwaarder argument tegen het aanbod van ondersteuning door een groot bestaand energiebedrijf is dat het grootste deel van diens inkomsten geen herinvestering krijgt in het gebied zelf. 'Cash in het gebied houden' is een belangrijke kwestie voor elk lokaal bedrijf, omdat daardoor de directe omgeving in waarde stijgt, waaronder de waarde van het bedrijf zelf. Herinvestering in een kolenmijn in China is een verlies voor een lokaal duurzaam energiebedrijf. Herinvestering in eigen dorp of wijk houdt het bedrijf sterk. Er zijn sterke partners die dit kunnen garanderen., Essent, of Eneco moeten dit ook om een geloofwaardige partner te kunnen zijn.

De toekomst van het lokale duurzame energiebedrijf zou wel eens kunnen liggen bij sterke autonome bedrijven, die zich laten faciliteren door traditionele bedrijven als bijvoorbeeld Nuon, of Eneco. Uit deze gedachte volgt een nieuw model voor een energiebedrijf dat afwijkt van het model van de ECZ hierboven. Dit nieuwe model moet ruimte geven aan [enkele uitgangspunten van een lokaal duurzaam energiebedrijf:] autonomie, functioneren als *cost center*, en *cash* in het gebied houden. Het zal ook ruimte moeten geven aan asset sharing als bedrijven daardoor beter hun kosten beheersen. Dit alles verhoudt zich redelijk goed met de coöperatie, een model dat de laatste tijd steeds meer in de belangstelling is komen te staan.

Indien de ECZ een cost centre is, dan is de coöperatieve vorm het overwegen waard. Is het een profit centre, dan ligt een structuur van BV's meer voor de hand. In deze BV's spelen enkele grote investeerders een prominente rol in hun streven om winst te maken op energie. In de coöperatie spelen de tuinders een prominente rol in hun streven de kosten voor energie te beheersen.

Hun coöperatie kan samenwerken met een aantal bedrijven die zij inhuren voor diensten, mogelijk ook voor financiering. Overheden kunnen toezicht houden, maar ook deelnemen als lid van de coöperatie.

Het nieuwe model voor een lokaal duurzaam energiebedrijf roept niet alleen een aantal principiële vragen op die interessant zijn voor de wetenschap, maar ook praktische vragen. Een principiële vraag betreft de reikwijdte van de Interimwet Stad- en Milieubenadering en of die niet ook andere dan wetten uit het omgevingsrecht moet betreffen. Een praktische vraag betreft het nut van de vorm van de coöperatie voor lokale duurzame energiebedrijven. Juristen kunnen zich per direct over de antwoorden buigen en velen doen dat al. De Provincie Zuid-Holland is voornemens een Energie Agentschap voor de Zuidplaspolder in het leven te roepen. Deze is bedoeld om kennis vast te houden en te ontwikkelen, waaronder de vragen die in dit hoofdstuk een antwoord krijgen en nieuw worden opgeroepen.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Dit hoofdstuk is tot stand gekomen na een onderzoek dat door de provincie is bekostigd en dat bedoeld is als input voor het Energie Agentschap.

BIJLAGE 1:  
Energiewetgeving

Er is geen integrale energiewet. Een reeks aan wetten en regels vormen samen de energiewetgeving. Wat wel en niet tot de energiewetgeving behoort, volgt uit leerstukken die van belang zijn voor de inkoop, de opslag, het transport en de verkoop van energie. Dat zijn de volgende:

- organisatorische eisen (inclusief vergunningeisen) voor productie, inkoop en levering van elektriciteit, biogas en warmte;
- eisen dienstverlening;
- leveringsovereenkomst en algemene voorwaarden;
- aansluiting-, transportovereenkomsten en overige afspraken met netbeheerder;
- transportcapaciteit en programmaverantwoordelijkheid;
- tarieven en vastrecht voor levering van energie;
- aansluitbijdrage;
- toezicht en handhaving Energiekamer Nma.

Uit deze leerstukken volgt welk recht relevant is voor het transporteren en verhandelen van energie. Nationaal gelden vooral de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en straks de Warmtewet, die hierboven aan de orde zijn geweest. Op dit moment staat een wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet op stapel. Deze dient tot versterking van de werking van de gasmarkt, verbetering van de voorzieningszekerheid en houdende regels met betrekking tot de voorrang voor duurzame elektriciteit, alsmede enkele andere wijzigingen van deze wetten (Kamerstukken II 2009/10, 31 904). Internationaal speelt Europees recht een rol. Daar gelden de volgende Richtlijnen:

- richtlijn 2001/77 elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen, die per 1 april 2010 deels en per december 2010 geheel wordt vervangen door;
- richtlijn 2009/28 bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen;
- richtlijn 2002/91 energieprestatie van gebouwen;
- richtlijn 2003/30 biobrandstoffen of andere hernieuwbare brandstoffen in het vervoer;
- richtlijn 2005/32 ecologisch ontwerp voor energieverbruikende producten;
- richtlijn 2006/32 energie- efficiënte bij het eindgebruik energiediensten (Energiedienstenrichtlijn).

De betrokkenheid van de gemeente brengt, deels op Europese regels gefundeerde juridische randvoorwaarden met zich mee, die volgen uit:

- Gemeentewet/Provinciewet;
- Europese Staatssteun regels;
- Aanbestedingsregels;
- Mededingingswetgeving (wetsvoorstel Markt & Overheid);
- WON (splittingswet);
- Wet FIDO;
- Boek 2 BW (rechtspersonenrecht).

Tenslotte spelen en enkele fiscale aspecten en subsidies een rol:

- fiscale wet- en regelgeving (BTW, VPB, OVB, dividend-, loon- en energiebelasting);
- EIA, Energie-investeringsaftrek<sup>28</sup>;
- VAMIL<sup>29</sup>;
- unieke Kansen Regeling<sup>30</sup>;
- subsidieregeling opwekken duurzame elektriciteit in vergistingsinstallaties (van 29 november 2006 en op 17 mei 2007 gewijzigd);
- algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie SDE (van 28 februari 2008);
- subsidieregeling duurzame energieproductie SDE 2010 (Staatscourant van 22 januari 2010, de regeling is op 1 maart in werking getreden);
- subsidieregeling energie en innovatie (van 10 december 2009).

---

<sup>28</sup> Voor het eerst gepubliceerd in de Staatscourant van 8 februari 2002 en sindsdien vaak gewijzigd.

<sup>29</sup> Beter bekend als de MIA- en Vamil-regeling. De regeling is op 21 december 2007 in de Staatscourant gepubliceerd. De regeling bevat een lijst van alle technologieën die in aanmerking komen voor de milieu-investeringsaftrek (MIA) of de willekeurige afschrijving milieu-investering (Vamil).

<sup>30</sup> Regeling van de Minister van Economische zaken van 26 oktober 2004, nr. WJZ 4067092, tot vaststelling van regels inzake subsidies energietransitie-experimenten (Unieke kansen regeling).