Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat

dunea DUIN & WATER

stowa

NAT Netwerk Aqua Thermie

Universiteit Utrecht

CENTRE FOR WATER, OCEANS AND SUSTAINABILITY LAW

JURIDISCH KADER AQUATHERMIE 2019; SPEELRUIMTE VOOR DE PRAKTIJK



RAPPORT 2019 28

stowa

JURIDISCH KADER AQUATHERMIE 2019; SPEELRUIMTE VOOR DE PRAKTIJK

RAPPORT 2019 28

ISBN 978.90.5773.854.8

stowa@stowa.nl www.stowa.nl
TEL 033 460 32 00
Stationsplein 89 3818 LE Amersfoort
POSTBUS 2180 3800 CD AMERSFOORT

Publicaties van de STOWA kunt u bestellen op www.stowa.nl

COLOFON

UITGAVE Stichting Toegepast Onderzoek Waterbeheer
Postbus 2180
3800 CD Amersfoort

AUTEURS Universiteit Utrecht
Anoeska Buijze
Sanne Akerboom
Willemijn van Doorn-Hoekveld
Herman Kasper Gilissen
Frank Groothuijse
Willem A. Janssen
Pernille van der Plank
Marleen van Rijswick

Stowa, Rijkswaterstaat en Dunea zijn gezamenlijk opdrachtgever voor dit onderzoek dat in samenwerking met Netwerk Aquathermie is uitgevoerd door de Universiteit Utrecht.

DRUK Kruyt Grafisch Adviesbureau
STOWA STOWA 2019-28
ISBN 978.90.5773.854.8

Copyright Teksten en figuren uit dit rapport mogen alleen worden overgenomen met bronvermelding.
Disclaimer Deze uitgave is met de grootst mogelijke zorg samengesteld. Niettemin aanvaarden de auteurs en de uitgever geen enkele aansprakelijkheid voor mogelijke onjuistheden of eventuele gevolgen door toepassing van de inhoud van dit rapport.

TEN GELEIDE

GROTE JURIDISCHE SPEELRUIMTE VOOR BENUTTEN VAN AQUATHERMIE

Uit dit onderzoek blijkt, dat de juridische speelruimte om de mogelijkheden van aquathermie te benutten groot is. Wel is het van belang dat beleidskeuzen goed onderbouwd worden en dat de samenwerking met andere partijen transparant is. Dit betekent dat bestuurders de vraag moeten beantwoorden op welke wijze zij hun water willen inzetten als duurzame warmtebron en in hoeverre zij hierin zelf willen sturen.

De belangstelling voor aquathermie is de laatste jaren sterk toegenomen. De waterschappen en Rijkswaterstaat hebben hiervoor veel aandacht gevraagd bij de totstandkoming van het Klimaatakkoord. Deze aandacht heeft er toe geleid dat op tientallen locaties de haalbaarheid van aquathermieprojecten wordt onderzocht. Er is met 20 partijen een Green Deal aquathermie gesloten met als doel om de waarde en toepassing van aquathermie als warmte- en koudebron in de warmtetransitie in kaart te brengen en daarmee een versnelling in de warmtetransitie te bereiken. Het netwerkbureau NAT vervult hierbij een verbindende schakel in het netwerk.

Door aquathermie als duurzame warmtebron te benutten kunnen bronhouders een relevante bijdrage leveren aan de klimaatopgave. Zij worden in deze transitie met nieuwe vragen geconfronteerd. Het beschikbaar stellen en leveren van warmte behoort namelijk niet tot hun kerntaak. Welke rol kan de bronhouder dan spelen? Concrete vragen hebben bijvoorbeeld betrekking op de verdeling van schaarse warmte, de voorwaarden waaronder warmte geleverd mag worden en de eisen die aan contracten met private partijen gesteld moeten worden. Voorliggend onderzoek naar het juridisch kader van aquathermie geeft antwoorden op deze vragen. De antwoorden zijn toegelicht aan de hand van 3 casussen met respectievelijk oppervlaktewater, afvalwater en drinkwater als bron en respectievelijk Rijkswaterstaat, een waterschap en een drinkwaterbedrijf als beheerder. Waterbeheerders en drinkwaterbedrijven worden daarbij met nieuwe vragen geconfronteerd. Die vraagstukken moeten gaandeweg worden opgelost; de verandering van het klimaat vraagt immers om snel handelen.

Joost Buntsma
Directeur STOWA

DE STOWA IN HET KORT

STOWA is het kenniscentrum van de regionale waterbeheerders (veelal de waterschappen) in Nederland. STOWA ontwikkelt, vergaart, verspreidt en implementeert toegepaste kennis die de waterbeheerders nodig hebben om de opgaven waar zij in hun werk voor staan, goed uit te voeren. Deze kennis kan liggen op toegepast technisch, natuurwetenschappelijk, bestuurlijk-juridisch of sociaalwetenschappelijk gebied.

STOWA werkt in hoge mate vraaggestuurd. We inventariseren nauwgezet welke kennisvragen waterschappen hebben en zetten die vragen uit bij de juiste kennisleveranciers. Het initiatief daarvoor ligt veelal bij de kennisvragende waterbeheerders, maar soms ook bij kennisinstellingen en het bedrijfsleven. Dit tweerichtingsverkeer stimuleert vernieuwing en innovatie.

Vraaggestuurd werken betekent ook dat we zelf voortdurend op zoek zijn naar de ‘kennisvragen van morgen’ – de vragen die we graag op de agenda zetten nog voordat iemand ze gesteld heeft – om optimaal voorbereid te zijn op de toekomst.

STOWA ontzorgt de waterbeheerders. Wij nemen de aanbesteding en begeleiding van de gezamenlijke kennisprojecten op ons. Wij zorgen ervoor dat waterbeheerders verbonden blijven met deze projecten en er ook 'eigenaar' van zijn. Dit om te waarborgen dat de juiste kennisvragen worden beantwoord. De projecten worden begeleid door commissies waar regionale waterbeheerders zelf deel van uitmaken. De grote onderzoekslijnen worden per werkveld uitgezet en verantwoord door speciale programmacommissies. Ook hierin hebben de regionale waterbeheerders zitting.

STOWA verbindt niet alleen kennisvragers en kennisleveranciers, maar ook de regionale waterbeheerders onderling. Door de samenwerking van de waterbeheerders binnen STOWA zijn zij samen verantwoordelijk voor de programmering, zetten zij gezamenlijk de koers uit, worden meerdere waterschappen bij één en het zelfde onderzoek betrokken en komen de resultaten sneller ten goede aan alle waterschappen.

De grondbeginselen van STOWA zijn verwoord in onze missie:

Het samen met regionale waterbeheerders definiëren van hun kennisbehoeften op het gebied van het waterbeheer en het voor én met deze beheerders (laten) ontwikkelen, bijeenbrengen, beschikbaar maken, delen, verankeren en implementeren van de benodigde kennis.

JURIDISCH KADER AQUATHERMIE 2019; SPEELRUIMTE VOOR DE PRAKTIJK

INHOUD

TEN GELEIDE
DE STOWA IN HET KORT

1 LEESWIJZER 1

2 INLEIDING: AQUATHERMIE 3

3 DRIE CASUS 6
3.1 TED in Valkenburg 6
3.2 TEA in Apeldoorn 7
3.3 TEO in Utrecht 9

4 OVERZICHT JURIDISCHE KNELPUNTEN 10

5 DE ROL VAN DE OVERHEID I: TAKEN EN BEVOEGDHEDEN 12

6 MARKTORDENING: WELKE REGELS GELDEN? 16

7 DE ROL VAN DE OVERHEID II: GEDRAGSREGELS VOOR OVERHEDEN DIE ECONOMISCHE ACTIVITEITEN ONTPLOOIEN (WET MARKT EN OVERHEID) 17

8 DE ROL VAN DE OVERHEID III: AQUATHERMIE FINANCIEEL STEUNEN 19
8.1 Inleiding 19
8.2 Optie 1: handelen als een reguliere marktpartij 21
8.3 Optie 2: aquathermie als dienst van algemeen economisch belang 22
8.3.1 DAEB: vier routes 22
8.3.2 Het toepassen van de DAEB-regels 25
8.4 Optie 3: uitzonderingen op het verbod van staatssteun 26
8.4.1 De staatssteunprocedure 26
8.4.2 Uitzonderingen op de aanmeldplicht 27
8.4.3 Conclusies staatssteunverbod 28
8.5 Overzicht 29

9		DE ROL VAN DE OVERHEID IV: SCHAARSE WARMTE VERDELEN	31
	9.1	Sturingsinstrumenten	31
		9.1.1 Privaatrechtelijke sturingsinstrumenten	31
		9.1.2 Publiekrechtelijke sturingsinstrumenten	32
		9.1.3 Zijn vergunningen schaars?	34
	9.2	Samenwerking met andere partijen	36
		9.2.1 Wanneer aanbesteden?	36
		9.2.2 Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht	37
		9.2.3 Toepassing	39
		9.2.4 Samenwerken met private partijen	40
	9.3	Case study Apeldoorn	40
		9.3.1 Faciliteren, sturen, of zelf doen	41
		9.3.2 Flexynet, Kerschoten, Zuidbroek of zuiveringsslib	42
10		DE WARMTEWET	44
	10.1	Toepassingsbereik Warmtewet	44
	10.2	Vergunningplicht	44
	10.3	Verplichtingen voor warmteleveranciers	45
	10.4	Handhaving	46
	10.5	Als de Warmtewet niet van toepassing is	46
	10.6	Toekomstige ontwikkelingen	47
11		OMGEVINGSRECHTELIJK KADER	48
	11.1	Oprichten en in werking hebben van een inrichting	48
	11.2	Activiteit: Bouwen	50
	11.3	Activiteit: Onttrekken van water aan een oppervlaktewaterlichaam	52
	11.4	Activiteit: Het lozen van stoffen in een oppervlaktewaterlichaam	54
	11.5	Activiteit: Onttrekken en infiltreren van grondwater	55
	11.6	Thermie uit afvalwater en drinkwater	55
	11.7	Illustratie aan de hand van de case studies	56
12		CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	57
BIJLAGE I		AANBESTEDINGSRECHTELIJK KADER	61

1

LEESWIJZER

In dit rapport wordt een aantal juridische aandachtspunten belicht waar overheden rekening mee moeten houden wanneer zij zich bezig willen houden met aquathermie. Daarbij wordt uitgegaan van het juridisch kader zoals dat nu geldt. Er staan echter veranderingen op stapel. De Omgevingswet zal in werking treden, en de Warmtewet zal naar verwachting binnen redelijk korte termijn opnieuw worden herzien. Te zijner tijd zal dus op deze punten een actualisering van het rapport nodig zijn.

In hoofdstuk 2 wordt kort het onderwerp geïntroduceerd: wat is aquathermie, welke verschillende warmtebronnen zijn er, en hoe komt warmte bij eindgebruikers? Wie goed in de materie zit, kan dit hoofdstuk overslaan.

In hoofdstuk 3 wordt een drietal concrete projecten geïntroduceerd: de ontwikkeling van een duurzame woonwijk in Valkenburg, waar voor de verwarming deels gebruik gemaakt zal worden van warmte uit drinkwater; de rwzi Apeldoorn, een zuiveringsinstallatie met een aanzienlijk warmtepotentieel waarvoor verschillende potentiële gebruikers zich aandienen; en de levering van warmte uit het Merwedekanaal in Utrecht ten behoeve van een te ontwikkelen woonwijk. Deze drie case studies illustreren de verschillende juridische uitdagingen waar overheden voor komen te staan, en zullen in de juridisch-inhoudelijke hoofdstukken worden gebruikt om de uitwerking van regels in de praktijk te illustreren.

Hoofdstuk 4 geeft een kort overzicht van de belangrijkste juridische aandachtspunten. Deze worden in de daaropvolgende hoofdstukken uitgewerkt.

In hoofdstuk 5 tot en met 9 wordt ingegaan op de rol die overheden kunnen spelen bij het realiseren van aquathermie. In hoofdstuk 5 wordt besproken welke regels onder welke omstandigheden van toepassing zijn. In hoofdstuk 6 wordt gekeken naar de taken en bevoegdheden die overheden hebben. Past het faciliteren, stimuleren of zelfs de totstandbrenging van aquathermie binnen hun taakstelling? In hoofdstuk 7 worden de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid besproken. In hoofdstuk 8 wordt ingegaan op de mogelijkheden de totstandkoming van aquathermie financieel te ondersteunen. In hoofdstuk 9 wordt ingegaan op verdelingsvraagstukken. Kunnen en moeten bronbeheerders regie voeren op de vraag wie een warmtebron mag exploiteren, en zijn contracten die zij ter zake sluiten aanbestedingsplichtig?

In hoofdstuk 10 wordt op hoofdlijnen de Warmtewet besproken. De Warmtewet is recentelijk, per 1 juli 2019, gewijzigd. Deze wijziging is in dit rapport verdisconteerd. Het is waarschijnlijk dat de Warmtewet in de toekomst wederom wordt gewijzigd. Een uitgebreide reflectie hierop valt buiten de reikwijdte van dit rapport, dat zich richt op de huidige mogelijkheden om aquathermie te realiseren. In paragraaf 10.6 wordt niettemin een korte vooruitblik geschetst.

In hoofdstuk 11 wordt het omgevingsrechtelijk kader uiteengezet. Welke vergunningen benodigd zijn voor een project, hangt onder meer af van de kenmerken van de installatie, maar ook van de betrokken locaties.

Hoofdstuk 12 ten slotte, bevat de conclusies van het rapport, en een aantal aanbevelingen voor overheden die aquathermie tot stand willen brengen.

2

INLEIDING: AQUATHERMIE

Aquathermie refereert aan de winning, opslag, en distributie van warmte of koude uit oppervlakte-, afval-, of drinkwater. Om een juridisch kader voor aquathermie te ontwikkelen, is het nodig te begrijpen wat aquathermie is en welke bronnen gebruikt kunnen worden. Voorts is het nodig een beeld te hebben van de wijze waarop warmte wordt onttrokken aan de bron en wordt getransporteerd naar eindgebruikers. Ten slotte moet in kaart worden gebracht, welke partijen betrokken zijn bij de productie, distributie en levering van warmte uit water, en welke rol overheden (kunnen) spelen bij aquathermie.

Aquathermie maakt gebruik van warmte (of koude) die aanwezig is in water. Deze warmte of koude wordt onttrokken aan water door middel van een warmtewisselaar. De warmte of koude kan, indien gewenst, tijdelijk worden opgeslagen in een bodemenergiesysteem (WKO), en wanneer zij nodig is worden gedistribueerd naar afnemers.

De bron waaraan de warmte wordt onttrokken kan variëren:

- Bij TEA (thermische energie uit afvalwater) wordt warmte onttrokken aan afvalwater. De warmte is opgeslagen in het riool, in rioolgemalen, transportleidingen, persleidingen en rioolwaterzuiveringsinstallaties (rwzi's).
- Bij TED (thermische energie uit drinkwater) wordt warmte of koude onttrokken uit drinkwater. Het kan gaan om koude uit een drinkwaterleiding, of om warmte uit een drinkwaterpompstation.
- Bij TEO (thermische energie uit oppervlaktewater) wordt warmte of koude onttrokken aan oppervlaktewater, bijvoorbeeld uit een meer of een kanaal.

Wat betreft de technische vormgeving van aquathermie zijn er verschillende mogelijkheden. De volgende stappen kunnen deel uitmaken van een project.

1. Onttrekking van warmte of koude aan de bron door een warmtewisselaar
2. De warmte of koude wordt vervolgens getransporteerd door een netwerk

3a. De warmte of koude wordt direct afgenomen

3b. De warmte wordt opgeslagen in een warmte-koude-opslag (WKO) in de bodem.
Optie 3bi: open WKO (komt in aanraking met bodemwater)
Optie 3bii: gesloten WKO (komt niet in aanraking met bodemwater)[1]

4. Bij de afnemer verhoogt een warmtepomp de temperatuur van de drager (water) tot het gewenste niveau. Deze warmtepomp kan bij individuele afnemers staan, maar het is ook mogelijk dat een centrale warmtepomp warmte levert aan een groot aantal afnemers. Koude (in de drager) kan direct gebruikt worden.
5. Water dat warmte/koude heeft afgegeven wordt geloosd (bij een open systeem) of teruggeleid naar de bron (bij een gesloten systeem).

1 In de praktijk komt dit weinig voor.

Er zijn diverse partijen betrokken bij de levering van warmte uit water aan gebruikers. De handreiking van de Stowa onderscheidt de volgende rollen.[2] Het is overigens goed mogelijk, dat meerdere rollen belegd worden bij één partij.

i. de bronhouder
ii. de warmteproducent
iii. netwerkbedrijven
iv. leveranciers
v. afnemers

i. De bronhouder

De bronhouder stelt de bron van water onder voorwaarden beschikbaar aan de producent om warmte aan te onttrekken. De bronhouder heeft geen verantwoordelijkheid voor warmtelevering, maar stelt alleen de bron beschikbaar.

Wie de bronbeheerder is varieert. Voor TEO gaat het om waterschappen en Rijkswaterstaat. Bij uitzondering kunnen ook andere overheden bevoegd gezag zijn. Voor TED gaat het om het drinkwaterbedrijf. Voor TEA kan het gaan om gemeenten, die in beginsel verantwoordelijk zijn voor het riool, of om het waterschap, dat verantwoordelijk is voor het rioolgemaal, de persleiding en de afvalwaterzuiveringsinstallatie.

ii. Producent

De producent onttrekt de warmte (en/of koude) met een warmtewisselaar uit het oppervlaktewater (TEO), drinkwater (TED), afvalwater of effluent (TEA). De producent kan deze warmte direct opwaarderen naar een hogere temperatuur met een warmtepomp en leveren aan een object of het warmtenet. De producent is die partij die investeert in de warmtewisselaar en/of warmtepomp. De rol kan worden ingevuld door marktpartijen (energieproducenten, installatiebeheerbedrijven) of door waterschappen, gemeenten of Rijkswaterstaat vanuit hun rol als beheerder van het watersysteem of riool (in dat geval is de rol gecombineerd met bronhouder). Ook kunnen gebouweigenaren, die beschikken over een WKO, investeren in TEO of TEA om de capaciteit van de WKO te vergroten.

iii. Netwerkbedrijven

Netwerkbedrijven transporteren de warmte en/of koude naar de afnemer (indien nodig). Deze rol kan worden ingevuld door zowel partijen uit de warmtesector, maar ook door producenten of afnemers zelf. De kosten van de aanleg van een warmtenetwerk vormen een belangrijke belemmering voor de totstandkoming van warmteprojecten. Een warmtenetwerk vergt een grote investering vooraf, die zich over een lange periode terugverdient, als zij zich al terugverdient.

iv. Leverancier

De leverancier beheert de warmtewisselaar, WKO en/of warmtepomp om het aanbod en de vraag op elkaar te laten aansluiten. Hij contracteert met afnemers, en is verantwoordelijk voor de levering aan deze afnemers. Ook het leveren van warmte is een economische activiteit, en ook deze bedrijven zijn onderhevig aan de marktregels.

2 NB: deze definities komen niet overeen met de begrippen zoals gebruikt in de Warmtewet. Omdat ook lauw water kwalificeert als warmte (zie uitspraak CBb 22 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:30), kan een bronbeheerder die niet zelf warmte produceert, dat wil zeggen, geen warmtewisselaar plaatst, wel degelijk producent of leverancier zijn in de zin van de Warmtewet. De consequenties hiervan worden besproken in hoofdstuk 10 en 12. Hier wordt verder de STOWA-definitie gehanteerd, omdat die voor het marktordeningsrecht wel functioneel is.

v. Afnemers

Afnemers kunnen kantoorgebouwen, zwembaden, winkelcentra, voedingsindustrie, datacenters, vastgoedontwikkelaars, woningcorporaties of individuele huiseigenaren betreffen. Het kan zowel gaan om een enkele afnemer, als een cluster van afnemers.

De handreiking aquathermie van de STOWA identificeert drie varianten om invulling te geven aan de verschillende rollen:

1. Een separate producent, transporteur (hierboven het netwerkbedrijf) en leverancier
2. Een geïntegreerde producent-leverancier, en een separate transporteur
3. Een integrale warmteleverancier

Bij warmtenetten is veelal sprake van een integrale warmteleverancier. De bronhouder kan in theorie deze rollen op zich nemen. Zo niet, dan heeft hij een rol in het bepalen aan wie hij zijn bron beschikbaar stelt.

3

DRIE CASUS

In het rapport zullen de bevindingen steeds worden geïllustreerd aan de hand van drie case studies. Deze worden hieronder beschreven. Het gaat om een project waarbij warmte uit drinkwater wordt geleverd aan een nieuw te realiseren woonwijk in Valkenburg, het beschikbaar stellen van warmte uit effluent afkomstig van de rwzi Apeldoorn, en het gebruik van warmte uit het Merwedekanaal in Utrecht voor het verwarmen van een nieuwbouwwijk met voornamelijk woningbouw.

3.1 TED IN VALKENBURG[3]

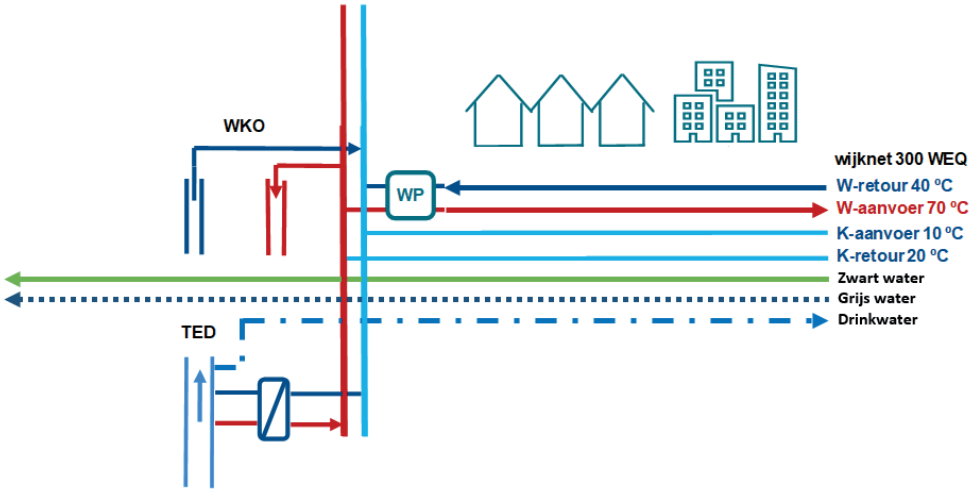
In Valkenburg wordt gekeken naar de inzet van thermische energie uit drinkwater (TED) voor de verwarming en koeling van een nog aan te leggen woonwijk op het voormalig vliegveld Valkenburg. Dit is deel van een meer omvattende pilot die naast aquathermie ook gescheiden afvalwaterinzameling omvat en een werkorganisatie voor aanleg en beheer van alle leidinginfrastructureren in de wijk. Betrokken partijen zijn drinkwaterbedrijf Dunea, het hoogheemraadschap van Rijnland, de gemeente Katwijk en het Rijksvasstgoedbedrijf.

In de woonwijk worden stapsgewijs 5.000 woningen gerealiseerd. De infrastructuur groeit met de wijk mee, en wordt in stappen aangelegd.

Het concept gaat uit van een *collectief* systeem voor het leveren van warmte en koude op basis van aquathermie en warmtekoudeopslag in de ondergrond. Per cluster van 300 woningen zal er een collectieve warmtepomp worden ingezet. Ook zal er koude worden geleverd waardoor aanvullende koeling niet nodig is. Voor afvalwater wordt grijs en zwart water gescheiden ingezameld. Het concept is sterk circulair ingericht: het faciliteert het maximaal benutten van lokale warmte, waaronder die uit de nabijgelegen drinkwatertransportleiding, en het lokaal kunnen verwerken van afvalwater. Het modulaire karakter van het concept betekent dat investeringen kunnen worden verspreid over de hele looptijd van de bouw van de wijk. Hiermee kunnen risico's worden beheerst, bijvoorbeeld wat betreft het tijdig voldoende woningen aansluiten of het kunnen toepassen van verbeterde technieken.

3 De beschrijving van deze casus is ontleend aan de door Dunea opgestelde Memo Casus Valkenburg van 14 mei 2019.

FIGUUR 1 OVERZICHT MOGELIJKE ENERGIE/LEIDING CONFIGURATIE VALKENBURG



In deze casus is Dunea de bronbeheerder. Het bedrijf overweegt ook de rol van producent, netwerkbedrijf en leverancier op zich te nemen. Afnemers zijn de toekomstige inwoners van de woonwijk.

3.2 TEA IN APELDOORN[4]

In Apeldoorn bevindt zich de rwzi Apeldoorn, een rioolwaterzuiveringsinstallatie met een aanzienlijk warmtepotentieel. De rwzi loost gezuiverd afvalwater via een effluentleiding op de IJssel. Een belangrijke vraag die hier speelt, is waarvoor die warmte benut moet worden. Er zijn diverse initiatieven die in aanmerking komen:

- Bedrijventerrein Apeldoorn Noord (Flexynet)
- Woonwijk Kerschoten
- Verduurzaming bestaand warmtenet Zuidbroek
- (Toekomstige) warmtevraag waterschap voor droging eigen zuiveringsslib

Bedrijventerrein Apeldoorn Noord (Flexynet)

Hollander Techniek B.V. (met een vestiging op het bedrijventerrein Apeldoorn-Noord) en Amfius B.V. (dochteronderneming Tauw-groep) hebben de ambitie om een nieuw type warmtenet te demonstreren, genaamd het Flexynet. Dit innovatieve warmtenet voorziet jaarrond in warmte en/of koude. Het voornemen van de initiatiefnemers is om dit innovatieve warmtenet in eerste instantie in pilot-vorm te realiseren op het bedrijventerrein Apeldoorn Noord met circa 3 tot 4 afnemers langs de Boogschutterstraat; op een later moment zou Flexynet als basis-/bron-net uitgerold kunnen worden naar de rest van het bedrijventerrein (circa 55 bedrijven) en/of richting omliggende woonwijken (o.a. Kerschoten, Zuidbroek).

De beoogde betrokkenheid van het waterschap is hierbij tweeledig:

- Beschikbaarstelling van restwarmte/-koude uit het effluent van de rwzi Apeldoorn ter balancering van het Flexynet;
- Koppeling van de warmte-/koudevoorziening van het waterschapskantoor aan het Flexynet.

De pilot zet in op duurzaamheid en innovatie waarmee het initiatief prima past binnen de ambities en beleidskaders van het waterschap.

4 De beschrijving van deze casus is ontleend aan de door Waterschap Vallei & Veluwe opgestelde Memo Casus TEA Apeldoorn van 7 mei 2019.

Woonwijk Kerschoten
Gemeente Apeldoorn heeft eind 2018 een verkennend onderzoek laten uitvoeren (door bureau Over Morgen) naar de kansrijkheid van een warmtenet voor (delen van) de bestaande bouw in Kerschoten en Kerschoten-West o.b.v. de restwarmte uit het effluent van de naastgelegen rwzi Apeldoorn.

De betrokken stakeholders steunen dit onderzoek gezamenlijk en hebben de wil om in een open samenwerking het onderzoek voort te zetten. Februari jl. hebben gemeente Apeldoorn, de KEN-regisseur, woningcorporaties, Woonzorg Nederland, Waterschap Vallei en Veluwe, Liander en de Jacobus Fruytier Scholengemeenschap besloten om gezamenlijk te verkennen of een warmtenet verder gebracht kan worden. Hiertoe hebben deze partijen een onafhankelijke kwartiermaker aangetrokken die onderzoekt of en hoe (o.b.v. de wensen en eisen van de diverse stakeholders) daadwerkelijk tot realisatie van een warmtenet kan worden gekomen.

Verduurzaming bestaand warmtenet Zuidbroek
Sinds juli 2005 levert warmtebedrijf Ennatuurlijk B.V. (voorheen Essent Energie Verkoop Nederland B.V.) warmte aan de woonwijk Zuidbroek middels een warmtenet dat wordt gevoed met restwarmte van de warmtekrachtkoppeling-installaties (WKK) (dus geen aquathermie) op de rwzi Apeldoorn. Hiertoe is destijds een overeenkomst gesloten tussen het waterschap en Essent voor een duur van 32 jaar.

De back up voorziening van dit warmtenet bestaat uit twee biomassaketels die worden gestookt op houtsnippers en aardgasketels. Het waterschap en Ennatuurlijk voeren periodiek overleg waarin onder meer mogelijkheden/innovaties tot verdergaande verduurzaming worden besproken. Aquathermie is hierbij één van de te overwegen mogelijkheden.

Eigen vraag
Bij het zuiveringsproces op de rwzi komt overtollig zuiveringsslib vrij. Dit zuiveringsslib wordt samen met andere slibstromen van omliggende rwzi's ingedikt, vergist en ontwaterd en daarna afgevoerd naar eindverwerkingsinstallaties in Nederland en Duitsland. Deze vorm van slibeindverwerking gaat gepaard met transport van grote hoeveelheden nog altijd waterrijk slib. Bovendien is de slibeindverwerkingscapaciteit in Nederland en Duitsland problematisch beperkt en moet bovendien wegens stringentere wet-/regelgeving worden verduurzaamd. Voor de slibeindverwerking heeft Waterschap Vallei en Veluwe een contract dat in 2022 afloopt. Kortom, het waterschap staat voor de forse (maatschappelijke) uitdaging om dit eindverwerkingsproces te verduurzamen en betaalbaar te houden. Het gebruik van de 'eigen' restwarmte in het effluent is daarbij een mogelijke warmtebron die kan worden ingezet voor verdere droging van het zuiveringsslib.

In deze casus is Waterschap Vallei en Veluwe de bronbeheerder. Wat betreft de invulling van de andere rollen moeten nog keuzes worden gemaakt. Deze hangen mede af van de bestemming van de warmte. Voor Flexynet zijn Hollander Techniek B.V. en Amfius B.V. de integrale warmteleverancier. Afnemers zijn bedrijven op het bedrijventerrein Apeldoorn Noord. Voor Kerschoten EnergieNeutraal is nog onduidelijk welke partijen de rollen van producent, netwerkbedrijf, en leverancier op zich zullen nemen. Goed denkbaar is, dat Liander als netwerkbedrijf zal functioneren, en mogelijk ook andere rollen op zich zal nemen. Voor het verduurzamen van het bestaande warmtenet Zuidbroek is mogelijk Ennatuurlijk BV de integrale warmteleverancier. Ook denkbaar is, dat het waterschap zelf warmte produceert, en dat Ennatuurlijk BV de andere rollen op zich neemt. Afnemers zijn hier de inwoners van

Zuidbroek. Zet het waterschap de warmte in voor eigen gebruik, dan is het onderscheid in verschillende rollen niet relevant.

3.3 TEO IN UTRECHT[5]

In Utrecht wordt in de Merwedekanaalzone een nieuwbouwwijk ontwikkeld van circa 5.500 woningen, kantoren en voorzieningen. De gemeente Utrecht wil deze wijk aardgasloos ontwikkelen. Thermische energie uit oppervlaktewater, om precies te zijn uit het Merwedekanaal, moet dit mogelijk maken. In het gebied zullen zeer overwegend woningen komen, met vooral een warmtevraag en een beperkte koelbehoefte. TEO zal gecombineerd worden met seizoensopslag in een open WKO.

In de zomer wordt warm water uit het Merwedekanaal opgeslagen in de WKO, in de winter koelte. In de winter wordt warmte geleverd vanuit de WKO, in de zomer koelte. Het systeem bestaat uit een in- en uitlaat oppervlaktewatersysteem, waarmee water aan het Merwedekanaal wordt onttrokken en daar weer naar wordt teruggeleid; 5 WKO doubletten[6]; een technische ruimte; en een centrale distributieleiding. De warmte wordt geleverd door middel van een centraal grondwaterdistributienet met naverwarming per pand via een hogetemperatuur warmtepomp. In de zomer wordt direct koude geleverd vanuit de koude bron.

Voor het deelgebied 5 van de Merwedekanaalzone in Utrecht is duurzame energieopwekking uit het oppervlaktewater (TEO) met WKO, technisch, financieel, juridisch en energetisch haalbaar. In de doorgerekende casus wordt een korte terugverdientijd van 8 jaar berekend en een netto contante waarde(NCW)na 30 jaar van 3.300.000.

In deze casus is Rijkswaterstaat de bronbeheerder. Ook hier geldt dat de energie exploitant waarschijnlijk één of meer rollen op zich zal nemen. Afnemers zijn de toekomstige bewoners en bedrijven van de Merwedekanaalzone.

5 De beschrijving van deze casus is ontleend aan de FACTSHEET –THERMISCHE ENERGIE UIT OPPERVLAKTEWATER (TEO) –MERWEDEKANAALZONE IN UTRECHT, beschikbaar via https://www.stowa.nl/sites/default/files/assets/PROJECTEN/Projecten%202016/project449.003%20thermische%20energie/Portfolio%20TEO%20met%20beschrijving%20van%2013%20voorbeeldprojecten.pdf, p. 13-14.

6 Een WKO doublet is een open bodemenergiesysteem met twee verschillende bronnen; een warme en een koude bron. Dit type WKO systeem bestaat uit twee bronnen, een warmtewisselaar, leidingwerk en benodigde apparatuur voor drukhandhaving in het grondwatersysteem. (bron: https://geotherm.nl/wko/producten/warmte-koude-opslag-doublet/)

4

OVERZICHT JURIDISCHE KNELPUNTEN

De rol van de bronbeheerder

Rijkswaterstaat, de Waterschappen, en drinkwaterbedrijven zoeken naar hun rol bij het vormgeven en stimuleren van aquathermie. Zij kunnen als bronbeheerder betrokken zijn bij aquathermie, maar kunnen ze ook zelf energie produceren, leveren of distribueren, of actief stimuleren dat andere partijen dat doen? Het recht biedt veel speelruimte, maar stelt wel een aantal grenzen. Daarbij spelen een aantal vragen. Ten eerste is dat de vraag, in hoeverre de totstandkoming van aquathermie een belang is, dat zij zich aan zouden moeten, of liever, mogen, trekken. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de positie van de bronhouder: is die een functionele overheid, een algemene overheid, of een drinkwaterbedrijf. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. Er zijn voor de verschillende bronbeheerders echter wel een aantal aandachtspunten. Voor waterschappen geldt, dat hun activiteiten moeten aansluiten bij hun taakstelling. Voor Drinkwaterbedrijven geldt, dat zij activiteiten met betrekking tot aquathermie moeten scheiden van de vervulling van hun wettelijke taken. Voor Rijkswaterstaat geldt, dat haar taakstelling is vastgelegd in het Instellingsbesluit directoraat-generaal Rijkswaterstaat 2013.

Vervolgens rijst de vraag, hoe ver overheden mogen gaan in hun bemoeienis. Mogen zij zelf rollen op zich nemen, die wellicht ook door marktpartijen vervuld kunnen worden? Ook dat is toegestaan, maar ook hier geldt dat er een aantal spelregels is, waar zij zich aan moeten houden. Kort gezegd mogen, op basis van de Wet markt en overheid, overheden die zich op de markt begeven geen voordelen genieten ten opzichte van reguliere marktdeelnemers. De mogelijkheden en beperkingen om aquathermie te realiseren worden besproken in hoofdstuk 6.

Het is goed mogelijk, dat overheden niet zelf willen optreden als warmteproducent, netwerkbedrijf, of leverancier. Dat roept de vraag op, of er instrumenten zijn waarmee zij andere partijen kunnen stimuleren die rollen op zich te nemen. Kunnen zij bijvoorbeeld de onrendabele top van een warmtenetwerk financieren? Zolang zij niet in strijd komen met het EU-rechtelijke verbod op staatssteun, luidt het antwoord op die vraag bevestigend. In hoofdstuk 8 wordt een drietal mogelijkheden geschetst om binnen de grenzen van het EU-recht financieel bij te dragen aan projecten. Kort gezegd kan dat, wanneer overheden zich gedragen als een private financier, wanneer zij gebruik kunnen maken van een uitzondering op het staatssteunverbod, of wanneer zij aquathermie aanwijzen als dienst van algemeen economisch belang. Elk van de drie methoden heeft zijn eigen voor- en nadelen. Hoofdstuk 8 sluit af met een overzicht van de keuzemogelijkheden en hun voors en tegens.

Ten slotte geldt, dat de bronbeheerder moet bepalen aan wie hij zijn warmte beschikbaar stelt. Dat vereist in de eerste plaats een visie op de inzet van aquathermie. Daarnaast moet hij overzicht hebben, van de sturingsinstrumenten die hem ter beschikking staan. Het recht geeft maar heel beperkt richting in de keuze tussen verschillende warmtebestemmingen. Wel

geldt, dat de selectie van warmteproducenten en andere samenwerkingspartners zorgvuldig moet plaatsvinden. Contracten tussen de bronbeheerder en andere partijen, zijn mogelijk aanbestedingsplichtig. Ook geldt dat wanneer toegang tot een bron gereguleerd wordt middels een vergunningenstelsel, voor de verdeling van die vergunningen eisen gelden. Deze kwesties worden besproken in hoofdstuk 9.

De Warmtewet
Voor de levering van warmte kan de Warmtewet relevant zijn. Deze wet reguleert de levering van warmte aan kleinverbruikers, die vaak veroordeeld zijn tot hun warmteleverancier. De Warmtewet is echter voor lang niet alle initiatieven relevant. Voor de toepassing van de Warmtewet is relevant wie de afnemers precies zijn. Voldoen zij aan de definitie van 'verbruiker' in de Warmtewet, dan worden zij beschermd middels – vooral – prijsregulering. Relevant is de capaciteit van de aansluiting. Is die kleiner dan 100 kWh, dan is in beginsel de Warmtewet van toepassing.

Voor levering aan deze kleinverbruikers is meestal een vergunning vereist, tenzij er geleverd wordt aan ten hoogste 10 verbruikers, of per jaar niet meer dan 10.000 gigajoule warmte wordt geleverd, of de leverancier verhuurder of eigenaar is van het gebouw, ten behoeve waarvan warmte wordt geleverd. Wordt warmte geleverd aan gebruikers met een grotere aansluiting, of wordt warmte geproduceerd voor eigen gebruik, dan is de Warmtewet niet relevant.

De verplichtingen die voortvloeien uit de Warmtewet worden beschreven in hoofdstuk 10. Daar wordt ook preciezer aangegeven, op wie de Warmtewet van toepassing is. Ten slotte wordt kort ingegaan, op mogelijke toekomstige ontwikkelingen, en hoe daar in lopende projecten rekening mee kan worden gehouden.

Omgevingsrechtelijke aspecten
Voor het realiseren van aquathermie, zullen zeer waarschijnlijk de nodige omgevingsrechtelijke vergunningen moeten worden aangevraagd. Te denken valt aan vergunningen om water te lozen of te onttrekken, een omgevingsvergunning voor bouwen, en in voorkomende gevallen, een ontheffing op basis van de Wet Natuurbescherming.
Welke vergunningen precies vereist zijn, is sterk afhankelijk van de technologische kenmerken van een concreet systeem. Zo geldt voor TEO, dat de plaatsing van de warmtewisselaar relevant is voor het antwoord op de vraag welke vergunning moet worden aangevraagd. Wordt oppervlaktewater onttrokken aan de bron om daar elders warmte aan te onttrekken, dan is daarvoor een vergunning vereist. Wordt de warmtewisselaar in of bij de bron geplaatst, dan is een vergunning voor onttrekken niet nodig, maar moet wel bezien worden, of het plaatsen van de warmtewisselaar vergunningsplichtig is. Eén en ander wordt besproken in hoofdstuk 11.

5

DE ROL VAN DE OVERHEID I: TAKEN EN BEVOEGDHEDEN

Voor het bepalen van de rol die overheden op zich willen nemen, moet eerst een voorvraag worden beantwoord. Mogen overheden warmte produceren, leveren en transporteren, of is dit een taak die zij aan de markt moeten overlaten?

a. *Algemeen*

Voor algemene overheden geldt als uitgangspunt, dat zij zelf bepalen wat tot hun taak behoort. Voor provincie, gemeente en rijk geldt, dat zij als algemeen bestuur vrij zijn die taken uit te voeren die zij nodig achten voor het dienen van het algemeen belang, tenzij er een hogere regeling is die zich daar tegen verzet. Hoewel er allerhande economische en politicologische theorieën zijn over wat wel en niet tot de publieke taak behoort, stelt het recht hier geen verdere grenzen aan. Ook het EU-recht verzet zich er niet tegen dat overheden dergelijke activiteiten ontplooien, al stelt het wel grenzen aan de wijze waarop.

Voor Rijkswaterstaat geldt dat zij als uitvoeringsinstelling gebonden is aan haar instellingsbesluit.[7] Artikel 3 van het Instellingsbesluit beschrijft haar taken. Rijkswaterstaat is als bevoegd gezag voor het verlenen van een aantal watervergunningen betrokken bij aquathermie, maar is als uitvoeringsorganisatie beperkt in haar mogelijkheden om zelf beleid te voeren. Voorts geldt, dat Rijkswaterstaat maar zeer beperkt marktactiviteiten mag ontplooien.[8] Het produceren, leveren of distribueren van warmte, valt niet hier niet binnen.

b. *Waterschappen*

Voor het Waterschap wordt het antwoord op deze vraag gecompliceerd doordat het gaat om een functioneel bestuur. Het Waterschap kan geen taken naar zich toe trekken, die niet bijdragen aan het vervullen van zijn wettelijke taakstelling.

Diverse auteurs en rapporten hebben zich, voor wat het Waterschap betreft, over deze vraag gebogen. Een synthese van deze rapporten is te vinden in de Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen. Volgens deze handreiking kan levering van warmte binnen de taak van het waterschap vallen, mits, kort gezegd, dit bijdraagt aan de doelmatige uitvoering van de waterschapstaken (door kostenbesparing op het energieverbruik bijvoorbeeld), die taken niet negatief beïnvloedt (de handreiking geeft het voorbeeld dat zoveel windmolens op de dijk staan dat die daaronder bezwijkt[9]), en het Waterschap niet per saldo een grote energieleverancier wordt (de levering is dan niet meer dienstbaar aan de eigenlijke taak van het waterschap).

7 Instellingsbesluit directoraat-generaal Rijkswaterstaat 2013.

8 Besluit toegestane marktactiviteiten Rijkswaterstaat wegens onlosmakelijke verbondenheid met publieke taak dan wel ter benutting van noodzakelijke restcapaciteit.

9 Hier relevant: invloed van aquathermie op ecologische kwaliteit en op waterzuivering.

De handreiking beargumenteert dat energieproductie door waterschappen toegestaan is, omdat dat bijdraagt aan een doelmatige uitvoering van hun wettelijke taak. Het stimuleren van duurzaamheid valt daar niet onder, maar dat is volgens de auteurs ook niet nodig, omdat de genoemde initiatieven primair worden ondernomen vanuit het oogpunt van kosteneffectiviteit.

Voor aquathermie initiatieven die ontplooid of bevorderd worden met het oog op het creëren van een duurzame energievoorziening, zonder dat dat bijdraagt aan de doelmatige taakvervulling door het Waterschap, is niet evident dat de Waterschappen daartoe bevoegd zijn. Zij stellen zich echter op het standpunt, dat zij bij het uitvoeren van hun wettelijke taken bij uitstek worden geconfronteerd met de gevolgen van klimaatverandering. Het beperken van klimaatverandering, waaraan aquathermie een bijdrage kan leveren, zien zij dan ook als deel van hun taakstelling. Deze lezing wordt ondersteund door onder meer het Klimaatakkoord 2019, waarin wordt onderschreven dat waterschappen energie mogen produceren om klimaatneutraal te worden. Waterschappen hebben daarnaast de nodige vrijheid om te bepalen hoe zij hun taken het best kunnen vervullen.

Als het Waterschap inkomsten verwerft uit aquathermie, dan moeten die ten goede komen aan de verlaging van de relevante heffing. Het inzetten van de zuiveringsheffing en de watersysteemheffing voor het realiseren van aquathermie, is verdedigbaar zolang dat bijdraagt aan doelmatiger waterzuivering of watersysteembeheer. De opbrengsten van aquathermie moeten ten goede komen aan het verlagen van de zuiveringsheffing of de watersysteemheffing. Worden kosten gemaakt om aquathermie te realiseren, dan kunnen die worden betaald uit de zuiverings- of watersysteemheffing, voor zover aquathermie bijdraagt aan het uitvoeren van die taken. Omdat het hier gaat om een bekostiging uit publieke middelen, spelen mogelijk staatssteunkwesties. Zie hiervoor hoofdstuk 8.

Casus TEA Apeldoorn

WARMTE BESCHIKBAAR STELLEN OM NIET: TAAK VAN HET WATERSCHAP?

Waterschappen kunnen actie ondernemen met betrekking tot aquathermie, wanneer dat binnen hun wettelijke taken valt. Waterschappen hebben de nodige ruimte, om die taken uit te voeren op de wijze, die zij zelf het best achten.

De warmte en koude uit de rwzi komt beschikbaar bij de normale taakuitoefening van het Waterschap. Een andere partij toestemming geven om die warmte te exploiteren, om niet, waardoor mogelijk positieve ecologische effecten optreden, valt niet buiten de bevoegdheid van het Waterschap zijn taken naar beste inzicht in te vullen.

Dat wordt mogelijk anders, wanneer het Waterschap investeert in de ontwikkeling van een warmtebron die het niet zelf beheert, en die geen invloed heeft op haar activiteiten. Dan is van belang, dat het Waterschap goed motiveert, dat het terugdringen van klimaatverandering haar helpt, haar wettelijke taken beter te vervullen.

Casus TED Valkenburg

MAG EEN WATERSCHAP DEELNEMEN IN EEN DOCHTER VAN DUNEA?

In Valkenburg wordt straks wellicht warmte geleverd door een dochteronderneming van Dunea. Naast Dunea, kunnen hierin eventueel andere overheden participeren. Valt dit buiten de wettelijke taken van het Waterschap?

Omdat in Valkenburg een integraal systeem voor waterbeheer wordt opgezet, en dus ook afvalwater en afvalwaterzuivering deel uitmaken van dat systeem, valt te verdedigen, dat het Waterschap door deel te nemen in een gezamenlijke BV haar wettelijke taak betreffende de waterzuivering vormgeeft. Deelname moet gemotiveerd worden, maar is niet op voorhand uitgesloten.

c. Drinkwaterbedrijven

Ook drinkwaterbedrijven mogen, zo kan men afleiden uit artikel 1 Drinkwaterwet, nevenactiviteiten ontplooien. Een drinkwaterbedrijf wordt daar immers gedefinieerd als een bedrijf dat uitsluitend *of mede* bestemd is tot openbare drinkwatervoorziening door levering van drinkwater aan consumenten of andere afnemers. Wel geldt dat op grond van art. 7 lid 4 van de Drinkwaterwet kruissubsidie tussen activiteiten die behoren tot de opgedragen publieke taken en andere activiteiten verboden is. Dat betekent dat drinkwaterbedrijven inkomsten uit de levering van drinkwater niet mogen gebruiken om aquathermie te financieren, tenzij zij dit doen tegen condities die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn voor de financiering van de desbetreffende economische activiteiten. Ook geldt dat deze activiteiten administratief gescheiden moeten zijn van de publieke taken. Een juridische scheiding heeft daarbij de voorkeur, maar is niet verplicht.

Casus TED Valkenburg

PARTICIPEREN IN EEN WARMTENET

Drinkwaterbedrijven mogen nevenactiviteiten ontplooien. Zij kunnen dus bijdragen aan de totstandkoming van aquathermie. De Valkenburgse casus illustreert, dat hierbij wel de wettelijke randvoorwaarden in de gaten moeten worden gehouden.

Het is de bedoeling dat in Valkenburg een werkorganisatie voor aanleg en beheer van alle leidinginfrastructuren in de wijk wordt opgericht. Deze organisatie is dan verantwoordelijk voor zowel het beheer van waterleidingen, als van afvalwaterleidingen.

De drinkwaterbedrijven hebben de wettelijke taak de infrastructuur die noodzakelijk is voor de productie en distributie van drinkwater tot stand te brengen en te onderhouden. Hoewel zij daarnaast ook andere taken mogen verrichten, moeten die financieel en administratief gescheiden blijven van hun wettelijke taken. Dat wil zeggen dat binnen de werkorganisatie, het onderhoud aan de drinkwaterleidingen apart geadministreerd moet worden. Ook de financiering van de verschillende werkzaamheden moet gescheiden zijn.

Conclusie

1. Voor gemeenten, provincies en het rijk geldt dat zij zonder meer het realiseren of stimuleren van aquathermie als publieke taak kunnen aanmerken. Voor Rijkswaterstaat geldt, dat ze gevonden is aan haar wettelijke taak, en vooral een faciliterende rol heeft bij de totstandkoming van aquathermie.

2. Voor Waterschappen geldt, dat zij deze activiteiten risicoloos kunnen ontplooien, als die bijdragen aan de doelmatige vervulling van hun wettelijke taken. Opbrengsten moeten ten goede komen aan het verlagen van de relevante heffing. Willen zij aquathermie stimuleren om zo bij te dragen aan de transitie naar een duurzaam energiesysteem, dan komen zij in grijs gebied, en bestaat er een risico dat hun besluiten terzake succesvol aangevochten kunnen worden.

3. Voor drinkwaterbedrijven geldt, dat zij zich bezig kunnen houden met aquathermie, mits deze activiteit financieel en administratief gescheiden blijft van de vervulling van de hen in de Drinkwaterwet opgedragen taken.

6

MARKTORDENING: WELKE REGELS GELDEN?

Overheden mogen zich bezighouden met aquathermie. Het produceren, leveren en distribueren van warmte zijn echter economische activiteiten. Wie zich bezig houdt met economische activiteiten, is onderworpen aan het marktordeningsrecht. Ondernemingen, begrepen als organisaties die zich bezig houden met het verrichten van economische activiteiten, mogen niet zonder meer financiële steun van de overheid ontvangen, en moeten de mededingingsregels respecteren. Dat geldt onafhankelijk van of zij publiek- of privaatrechtelijk zijn vormgegeven,[10] of het gaat om overheids- of reguliere bedrijven, en of zij al dan niet een winstoogmerk hebben.[11]

Belangrijke regelgeving op dit terrein is te vinden in de Aanbestedingswet 2012 en de Europese richtlijnen waarop die is gebaseerd, in de Wet Markt en Overheid, en in de Europese staatssteunregels. In dit hoofdstuk wordt kort besproken, welke regels in welke gevallen relevant zijn.

Wanneer overheden een onderneming financieel bevoordelen, en dat kan door middel van een subsidie, een renteloze lening, of door bijvoorbeeld een pand ter beschikking te stellen tegen een lagere huur dan gebruikelijk, dan gelden de staatssteunregels. De staatssteunregels zijn echter alleen van toepassing, als steun effect heeft op de interne markt. Dat is niet het geval, wanneer het om lage steunbedragen gaat.[12] Voor steunmaatregelen die niet onder het EU-recht vallen, heeft de Nederlandse wetgever een aanvullende regeling getroffen in de Wet Markt en Overheid. Ook daar geldt een verbod op steun, maar alleen aan *overheden* die economische activiteiten ontplooien.

Wanneer overheden zelf een economische activiteit ondernemen, moeten zij zich houden aan het mededingingsrecht. Dat stamt enerzijds uit het EU-recht. De kans dat overheden die aquathermie bedrijven, de interne markt verstoren, is echter zeer klein, nu aquathermie uit de aard der zaak een lokaal karakter heeft. Wel moet rekening worden gehouden met de mededingingsregels die op grond van de Wet Markt en Overheid gelden.

Het aanbestedingsrecht is van toepassing, op wanneer een overheid een aanbestedende dienst is, en een contract sluit, waarmee zij aan de contractpartij een opdracht gunt of een concessie verleent. Dat is bijvoorbeeld het geval, wanneer zij een andere partij betalen om warmte te produceren. Het aanbestedingsrecht is van toepassing wanneer dat contract gesloten wordt met een private partij, maar ook wanneer zij in zee gaan met publieke partners.

10 Arrest van 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Jurispr. 2000, blz. I-6451.

11 Arrest van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209 tot 215 en 218/78, Heintz van Landewyck SARL e.a./Commissie, Jurispr. 1980, blz. 3125, punt 21; arrest van 16 november 1995, zaak C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) e.a./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Jurispr. 1995, blz. I-4013; arrest van 1 juli 2008, zaak C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)/Elliniko Dimosio, Jurispr. 2008, blz. I-4863, punten 27 en 28.

12 Steun die verleend wordt onder de de-minimisverordening, valt onder de Wet M&O en kan hier mee in strijd zijn.

7

DE ROL VAN DE OVERHEID II: GEDRAGSREGELS VOOR OVERHEDEN DIE ECONOMISCHE ACTIVITEITEN ONTPLOOIEN (WET MARKT EN OVERHEID)

Kiest de overheid er voor, om zelf een rol te spelen als warmteproducent, leverancier, of netwerkbeheerder, dan ontplooit zij economische activiteiten. Het staat overheden vrij om economische activiteiten te ontplooien, maar zij zijn daarbij wel aan regels gebonden. Op nationaal niveau zijn die regels vastgelegd in de Wet Markt en Overheid (Wet M&O). Hoewel de naam 'Wet Markt en Overheid' is ingeburgerd in het spraakgebruik, bevatte deze wet feitelijk een toevoeging aan de Mededingingswet. Met andere woorden: de eisen die via de Wet M&O zijn ingevoerd, zijn opgenomen in de Mededingingswet. In de Wet M&O staan vier gedragsregels die oneerlijke concurrentie door overheidsorganisaties moeten tegengaan.

GEDRAGSREGELS WET M&O

De Medingingswet (hierna: Mw) kent vier gedragsregels waaraan overheden zich moeten houden als zij economische activiteiten ontplooien. Deze gedragsregels zijn opgenomen in de artikelen 25 i, 25 j, 25 k en 25 l 25l van de Mededingingswet (hierna: Mw) (hierna: Gedragsregels). Hieronder worden de gedragsregels één voor één besproken.

(i) de plicht van integrale kostendoorberekening, artikel 25i Mw

Een bestuursorgaan dat economische activiteiten ontplooit, is verplicht afnemers van haar product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening te brengen. Daarmee wordt voorkomen dat overheden producten en diensten onder kostprijs aanbieden, en zo op oneigenlijke wijze concurreren met commerciële partijen. Overheden mogen dus niet goedkoop warmte, toegang tot een warmtenetwerk, of warmtelevering aanbieden.

De verplichting de integrale kosten door te berekenen in de prijs van warmte, zou, wanneer een overheid of een overheidsbedrijf warmte levert aan particulieren, in strijd kunnen komen met de Warmtewet (zie hierover hoofdstuk 11). De Warmtewet reguleert namelijk de prijs die aan kleinverbruikers kan worden gevraagd. Deze berekening vindt (nog) niet plaats op basis van de kostprijs. Dit probleem wordt echter al ondervangen in de Wet M&O, die een uitzondering kent op de verplichting de kosten integraal door te berekenen voor een overheidsbedrijf dat een uitsluitend of bijzonder recht heeft toegekend gekregen van een bestuursorgaan (bij besluit) waarvoor reeds voorschriften gelden wat betreft de in rekening te brengen prijzen.

(ii) het verbod tot bevoordeling van het overheidsbedrijf, artikel 25j Mw

Het is bestuursorganen verboden een overheidsbedrijf waarbij zij betrokken zijn te bevoordelen. Een bestuursorgaan is betrokken bij een overheidsbedrijf, wanneer de rechtspersoon waar hij toe behoort, in staat is het beleid te bepalen van dat overheidsbedrijf. Dat is het geval wanneer die rechtspersoon, eventueel samen met andere publiekrechtelijke rechtspersonen, beschikt over de meerderheid van de stemrechten, verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen. Wanneer dus bijvoorbeeld een waterschap samen met een aantal gemeenten een bedrijf opricht, voor de aanleg en het onderhoud van een warmtenet, dan mag geen van de bestuursorganen van die gemeenten en dat waterschap dat overheidsbedrijf bevoordelen.

Bevoordeling is door de wetgever niet verder gedefinieerd. In de Handreiking Wet Markt en Overheid, wordt verduidelijkt dat iedere vorm van bevoordeling is verboden. Voorbeelden zijn het verstrekken van gelden zonder een vergoeding te vragen die in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. Ook verboden is het, het overheidsbedrijf de naam en het beeldmerk van een overheid te laten gebruiken, waardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan over de herkomst van goederen en diensten. Ook het leveren van goederen of diensten aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten is verboden.[13]

(iii) de plicht tot beschikbaarstelling van gegevens, artikel 25k Mw

Dit houdt in, dat bestuursorganen informatie die zij vergaren bij het vervullen van hun publieke taak, niet mogen gebruiken voor het uitvoeren van economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van die publieke taak, tenzij die gegevens ook aan andere partijen beschikbaar worden gesteld.

(iv) de verplichting functievermenging tegen te gaan, artikel 25l Mw

Deze laatste voorwaarde houdt in dat wanneer een bestuursorgaan publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die ze zelf verricht, de personen die die bevoegdheden uitoefenen niet betrokken mogen zijn bij de marktactiviteit.

UITZONDERING OP DE GEDRAGSREGELS

Er is echter een uitzondering mogelijk op deze Gedragsregels. Op grond van art. 25h lid 5 Mw is het voor een bestuursorgaan mogelijk om ter zake van bepaalde economische activiteiten een algemeenbelangbesluit te nemen, waardoor de Gedragsregels niet van toepassing zijn. Een ‘algemeen belang’-besluit ex. art. 25h lid 5 Mw heeft dus als gevolg dat de gedragsregels geen toepassing vinden.

Dat het bijdragen aan de totstandkoming van aquathermie in het algemeen belang is, is eenvoudig te motiveren. De aanwijzing op basis van artikel 25h lid 5 Mw lijkt dus vrij risicoloos. Dat betekent, dat de Wet Markt en Overheid nooit een belemmering hoeft te vormen, om aquathermie vorm te geven op een wijze die het best het algemeen belang dient.

13 Handreiking Wet Markt en Overheid, p. 19.

8

DE ROL VAN DE OVERHEID III: AQUATHERMIE FINANCIEEL STEUNEN

8.1 INLEIDING

De totstandkoming van aquathermie vergt vooraf omvangrijke investeringen, in met name het distributienet. De opbrengsten zijn onzeker. Dat maakt het lastig financiering voor dergelijke projecten te vinden. Overheden die aquathermie een wenselijke ontwikkeling vinden, kunnen dus besluiten dat zij dat financieel willen stimuleren. Hieronder wordt steeds gesproken over het steunen van ondernemingen. Eén en ander geldt echter ook, wanneer overheden of overheidsbedrijven financieel ondersteund worden. Voor de toepassing van het staatssteunrecht maakt het niet uit, of steun wordt gegeven aan een private partij of aan een overheid, of er een winstoogmerk is of niet. Iedere partij die een economische activiteit ontplooit, geldt binnen het staatssteunrecht als onderneming.

Daarmee handelen zij mogelijk in strijd met het EU-rechtelijke verbod op staatssteun. Artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verbiedt steunmaatregelen, die bepaalde ondernemingen begunstigen, en daardoor de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. Er zijn vijf criteria waaraan moet zijn voldaan, voordat een maatregel als staatssteun wordt aangemerkt.

i. de steun wordt gegeven aan een onderneming
Een onderneming is een entiteit die een economische activiteit verricht. Het maakt niet uit of die een winstoogmerk heeft. Ook de nationale classificatie van de entiteit is niet doorslaggevend: een bestuursorgaan kan dus een onderneming zijn in de zin van het EU-recht.

ii. de steun wordt uit staatsmiddelen bekostigd
Staatsmiddelen zijn middelen van de overheid. Het gaat daarbij niet alleen om de centrale overheid, maar ook om lagere overheden. Het kan gaan om subsidies, leningen en andere investeringen, of om het bieden van een voordeel dat leidt tot inkomstenderving – zoals het om niet beschikbaar stellen van een pand, waar anders huurinkomsten zouden kunnen worden verworven. De verkoop van goederen en diensten onder marktwaarde is een vorm van staatssteun.

iii. de steun biedt een economisch voordeel dat niet via andere weg verkregen zou zijn
Dit criterium houdt in, dat de overheid non-marktconform handelt. Zij gedraagt zich dus anders, dan een private geldverstrekker zou doen. Marktconforme leningen zijn daarom geen staatssteun. Leningen met ongewoon gunstige voorwaarden waarvoor geen economische verklaring bestaat zijn dat wel.

iv. de maatregel is selectief
De maatregel bevoordeelt bepaalde ondernemingen. Een maatregel waar iedere onderneming van profiteert, zoals een belastingverlaging, is geen staatssteun.

v. de maatregel vervalst de mededinging
Het artikel is alleen van toepassing wanneer de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Er moet dus een grensoverschrijdend effect zijn. De Commissie en het Hof van Justitie nemen vrij gemakkelijk aan dat er een grensoverschrijdend effect is. In principe is het echter mogelijk steun te verlenen die alleen lokale effecten heeft. Om dit hard te maken is een marktanalyse vereist.

> *Casus TEA Apeldoorn*
> **WARMTE BESCHIKBAAR STELLEN OM NIET: STAATSSTEUN OF NIET?**
>
> Waterschap Vallei en Veluwe overweegt het beschikbaar stellen van warmte voor een periode van (minimaal) 10-15 jaar voor een bedrag van nihil. Daarna kan de prijs eventueel stijgen.
> Is dit een vorm van staatssteun? Dat is alleen het geval als aan alle vijf de criteria is voldaan. De steun wordt zonder meer gegeven aan een onderneming. Zowel warmteproducenten, -leveranciers, als –distributeurs verrichten een economische activiteit. De maatregel is ook selectief: het voordeel wordt alleen aan de gecontracteerde partij geboden. Het antwoord op de overige vragen is minder voor de hand liggend, en hangt af van de prijs die het Waterschap voor het beschikbaar stellen van zijn warmte zou kunnen krijgen. Is die nihil, dan wordt aan de afnemer geen economisch voordeel geboden. Zou een hogere prijs kunnen worden gevraagd, dan biedt het Waterschap de afnemer wel degelijk een economisch voordeel, dat uit staatsmiddelen wordt bekostigd. De 0-prijs gaat dan immers ten koste van mogelijke inkomsten die het Waterschap derft. Of de maatregel de mededinging vervalst, is niet op voorhand duidelijk, en vereist een marktanalyse. Als de marktwaarde van de warmte nihil is, is geen sprake van staatssteun en vormt het EU-recht geen obstakel voor het ter beschikking stellen van de warmte.

Uit het voorgaande blijkt al, dat overheden onder voorwaarden wel degelijk kunnen investeren in aquathermie. Dat is in elk geval zo, wanneer zij niet anders handelen dan een private partij zou doen. Zij handelen dan immers marktconform.

Maar ook als zij steun willen verlenen, die prima facie wel in strijd is met het staatssteunverbod, zijn er mogelijkheden. Op het staatssteunverbod zijn een aantal uitzonderingen. Daarnaast staat het overheden vrij diensten van algemeen economisch belang te financieren. Dat zijn diensten die de overheid aanmerkt als in het algemeen belang, die door de markt onvoldoende worden geleverd.

Hieronder worden deze drie mogelijkheden besproken voor overheden om aquathermie te financieren. Achtereenvolgens zijn dat het *market economy operator principle*, de mogelijkheid aquathermie aan te wijzen als Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB), en de mogelijkheid gebruik te maken van een uitzondering op het staatssteunverbod.

8.2 OPTIE 1: HANDELEN ALS EEN REGULIERE MARKTPARTIJ

Het Europese staatssteunverbod en de mededingingsregels hebben als doel de werking van de interne markt te beschermen. Zolang overheden zich gedragen als een normale marktdeelnemer, zullen zij dus niet met deze regels in conflict komen. Onder deze voorwaarden kunnen overheden investeren in, of leningen verstrekken aan, bedrijven die zich met aquathermie bezighouden. Dergelijke financiering is geen staatssteun, omdat ze geen voordeel biedt dat een onderneming niet elders tegen dezelfde voorwaarden zou kunnen verkrijgen.

Daarbij moet gelden dat een private marktdeelnemer onder dezelfde voorwaarden een transactie zou zijn aangegaan, met de verwachting een redelijke winst op zijn investering te maken. Sociale en andere beleidsoverwegingen mogen daarbij geen rol spelen. Het market economy operator principle, biedt dus geen uitkomst wanneer het er om gaat aquathermie van de grond te krijgen wanneer dat financieel niet rendabel is.

Voor de toepassing van het market economy operator principle zijn de volgende punten relevant:

- De overheid moet alvorens tot financiering over te gaan onderzoeken, net als een private partij zou doen, of er een redelijke kans is dat de investering zal renderen.
- De verhouding tussen de financierende overheid en de onderneming die financiering ontvangt is van belang. Een private investeerder die al een belang heeft in een onderneming, zal immers anders handelen dan een private investeerder die dat nog niet heeft. Zo kan hij bijvoorbeeld accepteren dat een investering niet erg rendeert, als hij er een bedrijf mee redt, waar hij al veel geld in heeft gestoken.
- De private investeerder waarmee wordt vergeleken, hoeft geen reguliere investeerder te zijn die investeert met het oog op het realiseren van winst op een korte termijn. Het gedrag van de investerende overheid mag worden vergeleken met dat van een particuliere investeerder die een algemene of sectoriële structurele politiek volgt en zich door vooruitzichten van rentabiliteit op lange termijn van het geïnvesteerde kapitaal laat leiden.[14]
- Het maakt verschil of de overheid een investeerder is of alleen krediet verstrekt. Een private kredietverstrekker wil in beginsel zeker weten dat hij zijn geld terug krijgt, terwijl een investeerder er belang bij heeft dat een bedrijf niet failliet gaat. Die laatste zal dus meer geneigd zijn een bedrijf dat in zwaar weer verkeert overeind te houden met een extra financiële injectie.[15]
- Betrokken overheden hebben een beoordelingsmarge, het Hof zal alleen concluderen dat een investering of lening staatssteun is wanneer het duidelijk is dat een private partij niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gefinancierd.

Het investeren in een onderneming die warmte produceert, levert, of transporteert is toegestaan. Dat geldt ook voor het beschikbaar stellen van krediet, garantstellingen en dergelijke. Bij de beslissing om een dergelijke investering te doen, mag de betrokken overheid zich niet anders gedragen dan een private ondernemer. Beleidsmatige overwegingen over de wenselijkheid van aquathermie spelen geen rol.

14 Corsica Ferries France SAS v Commissie ECLI:EU:T:2012 :415.

15 Re Déménagements-Manutention Transport SA

Casus TEO Utrecht

IS MEEFINANCIEREN STAATSSTEUN?

In de casus Merwedekanaal is de aanleg van een aquathermie-systeem financieel haalbaar. Er is een terugverdientijd van 8 jaar, daarna wordt winst gemaakt. Hoewel de gemiddelde durfkapitalist dat wellicht geen lonkend perspectief vindt, is het goed mogelijk dat private investeerders met een langetermijnvisie dat wel doen. Is dat het geval (de visie van een financieel specialist is hier vereist) dan kan de overheid het project probleemloos financieren.

8.3 OPTIE 2: AQUATHERMIE ALS DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

8.3.1 DAEB: VIER ROUTES

Een dienst van algemeen economisch belang is een dienst die de autoriteiten aanmerken als zijnde van algemeen belang, waar de markt uit zichzelf niet of onvoldoende in voorziet.[16] Een klassiek voorbeeld is sociale woningbouw: het is voor een marktpartij niet interessant om woningen te bouwen en die voor een bescheiden prijs te verhuren, zeker niet wanneer zij op dezelfde grond ook veel winstgevender activiteiten kunnen ontplooien. Om dergelijke projecten toch tot stand te kunnen brengen, kunnen overheden er voor kiezen een bedrijf te belasten met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). De autoriteiten binnen de lidstaten (het kan gaan om autoriteiten op centraal of decentraal niveau) hebben, wanneer over een dienst geen sectorale Unieregelgeving bestaat, een ruime beoordelingsmarge om diensten als diensten van algemeen belang aan te merken. De Commissie ziet er alleen op toe dat er geen kennelijke fout is gemaakt bij het aanmerken van een dienst als DAEB. Ook het Hof van Justitie gunt de lidstaten deze ruime beoordelingsmarge. Waterschappen, gemeenten, het rijk en provincies, zijn allen bevoegd een dienst aan te wijzen als DAEB.

De productie van warmte uit water, de levering van warmte, en het aanleggen of aanpassen en onderhouden van warmtenetten kunnen, nu de markt daar op dit moment onvoldoende in voorziet, worden aangemerkt als DAEB. Dat betekent dat overheden een bedrijf kunnen belasten met het uitvoeren van deze activiteiten. Zij kunnen het bedrijf vervolgens betalen voor de geleverde diensten. De compensatie die een bedrijf ontvangt voor een DAEB is, mits die geen oneerlijk voordeel oplevert voor de betrokken onderneming, geen staatssteun, en dus toegestaan.

Het aanwijzen van warmteproductie door middel van aquathermie, levering of distributie als DAEB is dus een mogelijkheid voor overheden om financieel bij te dragen aan de totstandkoming van aquathermie, juist vanuit de overtuiging dat dit nodig is om algemene belangen zoals de transitie naar een duurzame warmtevoorziening te stimuleren. Daarvoor moeten de volgende stappen worden gevolgd:

- de te leveren dienst moet worden aangemerkt als DAEB
- er moet een bedrijf worden belast met de uitvoering van de DAEB
- het bedrijf moet worden gecompenseerd voor de uitvoering van de DAEB

16 Aalbers 2011, p. 209 en 226. M. Aalbers e.a., 'Beleidskansen bij de diensten van algemeen economisch belang', in: Bart Hessel e.a., *Pluk de vruchten van de interne markt*, Sdu 2011, p. 209 (hierna: Aalbers 2011). Taken die al voldoende door de markt worden verricht komen niet in aanmerking voor DAEB-compensatie, Commissie, Algemene Mededeling, p. 8-11, punt 47-49.

- Het is goed denkbaar, dat de mogelijkheid ondernemingen die een DAEB leveren daarvoor financieel te compenseren, leidt tot het omzeilen van het verbod op staatssteun. Zo zou een overheid een onevenredig hoge prijs kunnen betalen voor de geleverde diensten, wat een verstoring van de interne markt teweeg zou brengen. Om niet in strijd te komen met het verbod op staatssteun, kunnen overheden vier verschillende routes volgen wanneer zij een DAEB bekostigen. Zij kunnen:
- *i. voldoen aan de voorwaarden die het Hof van Justitie heeft gesteld in het Altmark-arrest*
- *ii. voldoen aan de voorwaarden die in de DAEB de-minimisverordening worden gesteld*
- *iii. voldoen aan de voorwaarden die in het DAEB vrijstellingsbesluit worden gesteld*
- *iv. gebruik maken van de kaderregeling DAEB*

i. Altmark

Het Hof van Justitie bepaalde, dat wanneer is voldaan aan de volgende eisen, het betalen van compensatie voor het uitvoeren van DAEB geen staatssteun is.

1. de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk zijn belast met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en deze verplichtingen zijn duidelijk omschreven;
2. de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend dienen vooraf op objectieve en transparante wijze te worden vastgesteld om te voorkomen dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld;
3. de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig om de kosten van uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken;
4. ingeval de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, dient de noodzakelijke compensatie te worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

Wordt niet voldaan aan de Altmark-eisen, dan biedt wellicht het DAEB-pakket uitkomst. Het DAEB-pakket bestaat uit een mededeling van de Commissie die ingaat op de interpretatie van relevante begrippen en regels[17], de DAEB de-minimisverordening, een Vrijstellingsbesluit, en een Kaderregeling. Wordt van deze regelingen gebruik gemaakt, dan geldt dat, ondanks het feit dat niet is aanbesteed, de compensatie voor het uitvoeren van de DAEB wordt berekend op basis van de werkelijk gemaakte kosten, in plaats van op basis van een benchmark.

ii. DAEB de-minimis

Op basis van de de-minimisverordening, kunnen overheden een beperkt bedrag aan compensatie betalen voor het uitvoeren van een DAEB. Hiervoor gelden minder strenge eisen.

1. Op basis van de de-minimisverordening mag over een periode van 3 jaar maximaal 500.000 euro aan steun verleend worden aan ondernemingen die DAEB verrichten.
2. Nog steeds geldt, dat de begunstigde onderneming daadwerkelijk moet zijn belast met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en deze verplichtingen moeten duidelijk zijn omschreven.

17 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, 2012/C 8/02, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111(02)&from=EN

3. Er moet worden aangegeven dat gebruik is gemaakt van de de-minimisverordening.
4. De compensatie moet transparant zijn.[18]

De-minimis steun voor ondernemingen die DEAB verrichten, kan worden gecombineerd met de hieronder beschreven de-minimis steun op basis van de algemene staatssteun de-minimis verordening.[19] De-minimissteun op basis van de DAEB de-minimisverordening, kan echter *niet* worden gecombineerd met andere DAEB compensatie.

iii. DAEB Vrijstellingsbesluit

Voor gebruik van het DAEB Vrijstellingsbesluit, gelden grotendeels dezelfde criteria als voor de Altmarkroute. Alleen aan het vierde criterium hoeft niet te zijn voldaan.

1. de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk zijn belast met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en deze verplichtingen zijn duidelijk omschreven;
2. de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend dienen vooraf op objectieve en transparante wijze te worden vastgesteld om te voorkomen dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld;
3. de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig om de kosten van uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken.
4. het Vrijstellingsbesluit is alleen van toepassing wanneer de compensatie niet meer dan 15 miljoen euro per jaar bedraagt.[20]
5. De duur van de periode waarvoor de onderneming mag worden belast met de uitvoering van de DAEB is gemaximeerd op 10 jaar, tenzij een langere periode gerechtvaardigd is door de noodzaak van aanzienlijke investeringen.[21]
6. In het besluit waarbij een onderneming wordt belast met het verrichten van de DAEB, moet worden vermeld dat gebruik is gemaakt van het Vrijstellingsbesluit.

Het Vrijstellingsbesluit bevat nadere regels die invulling geven aan de Altmarkcriteria. Zo mag het compensatiebedrag niet hoger zijn dat de nettokosten van de uitvoering van de DAEB, inclusief een redelijke winst. Artikel 5 van het besluit werkt nader uit wat een redelijke winst is.

Het besluit waarbij een onderneming wordt belast met het verrichten van een DAEB, dient ten minste de betrokken ondernemingen en de precieze aard en duur van de opgelegde openbaredienstverplichtingen te vermelden, alsook, in voorkomend geval, het grondgebied waarvoor die zijn opgelegd en alle verleende uitsluitende of bijzondere rechten, en een beschrijving te omvatten van het compensatiemechanisme, en de parameters om de compensatie te bepalen en om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen.

Wanneer overheden zich houden aan de regels van het Vrijstellingsbesluit, hoeven zij compensatie voor DAEB niet bij de Commissie te melden, en wordt aangenomen dat de compensatie verenigbaar is met de interne markt.

18 Zie artikel 2 van Verordening nr. 360/2012 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.

19 Met dien verstande dat het combineren van de vrijstellingen er niet toe mag leiden dat de maximaal toegestane steunintensiteit wordt overschreden.

20 Voor bepaalde sectoren gelden uitzonderingen. Die zijn voor aquathermie in beginsel niet relevant. Edoch, voor zorg voor en sociale inclusie van kwetsbare groepen geldt dit plafond niet. Indien aquathermie onderdeel uitmaakt van een sociaal woningbouw project, zou deze uitzondering relevant kunnen zijn.

21 Dit moet aangetoond worden met behulp van algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen.

iv. DAEB Kaderregeling

De Kaderregeling voor staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst zet nader uiteen hoe de Commissie zaken zal beoordelen die niet onder het onderhavige besluit vallen, en die derhalve bij de Commissie moeten worden aangemeld. Deze regeling is van toepassing op compensatie voor het verrichten van DAEB die niet aan de Altmark-criteria voldoet én meer dan 15 miljoen euro per jaar per onderneming bedraagt, en dus niet wordt gedekt door het Vrijstellingsbesluit. Dit moet steeds gemeld worden bij de Commissie.

8.3.2 HET TOEPASSEN VAN DE DAEB-REGELS

Voor alle DAEB-routes geldt, dat de begunstigde onderneming daadwerkelijk moet zijn belast met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en dat deze verplichtingen duidelijk moeten worden omschreven. Er moet dus een toewijzingsbesluit worden genomen.

Zowel centrale als decentrale overheden kunnen een toewijzingsbesluit nemen. De vorm van dit besluit is vrij, het hoeft ook geen toewijzingsbesluit te heten. Het kan bijvoorbeeld gaan om een verordening op basis van artikel 149 GemW, of om een concessieovereenkomst.

Aan de inhoud van een toewijzingsbesluit worden wél eisen gesteld. De betrokken onderneming dient uitdrukkelijk met het verrichten van een DAEB te worden belast. De DAEB moet duidelijk omschreven zijn. Het aanwijzen van een onderneming die belast wordt met een DAEB, gebeurt door middel van een toewijzingsbesluit. In het toewijzingsbesluit worden de rechten en plichten van zowel de uitvoerder als de opdrachtgever vastgelegd. In het toewijzingsbesluit staat verder ten minste:

- een precieze omschrijving van de DAEB
- de duur waarvoor de onderneming wordt belast met de DAEB
- de wijze waarop de compensatie zal worden berekend
- de wijze waarop de compensatie zal worden gecontroleerd en, indien nodig, herzien
- garanties om te voorkomen dat te veel wordt gecompenseerd, en om te garanderen dat eventueel te veel betaalde compensatie wordt terugbetaald
- wanneer gebruik is gemaakt van de DAEB de-minimisverordening of het vrijstellingsbesluit, moet dit in het toewijzingsbesluit worden opgenomen

Belasten met een DAEB

De DAEB-regels zelf stellen geen eisen aan de wijze waarop een onderneming wordt geselecteerd. Wel moet rekening gehouden worden met de vraag, of het aanbesteden van de DAEB op grond van het aanbestedingsrecht verplicht is (zie hieronder[22]). Ook wanneer dat niet het geval is, kleven er voordelen aan het selecteren van een onderneming met behulp van een openbare aanbesteding.

Het volgen van een aanbestedingsprocedure zorgt er voor dat de met de DAEB belaste onderneming geen oneerlijk voordeel krijgt. Wanneer voor een andere selectiemethode wordt gekozen, moet dat laatste op een andere manier worden gegarandeerd. Dat heeft gevolgen voor de wijze waarop de compensatie moet worden vastgesteld. In eerste instantie moet die dan vastgesteld worden op basis van een *benchmark,* waarbij de kosten die een gemiddelde, goed functionerende onderneming zou maken leidend zijn. Is dat niet mogelijk, dan kan worden teruggegrepen op het DAEB-pakket.

22 Wanneer een bedrijf belast wordt met een DAEB, en daar voor wordt gecompenseerd, kan mogelijk geconcludeerd worden dat het gaat om een overheidsopdracht voor diensten. Dat betekent niet dat de opdracht noodzakelijkerwijs aanbestedingsplicht is. Mogelijk kan gebruik worden gemaakt van een uitzondering.

Compenseren voor een DAEB

Is de DAEB aanbesteed, dan geldt dat het bedrag dat uit de aanbestedingsprocedure naar boven is gekomen een redelijke compensatie is voor de DAEB. Is niet aanbesteed, dan geldt in principe dat gecompenseerd moet worden op basis van een benchmark. Wordt gebruikt gemaakt van het DAEB-pakket, dan moet de berekening van de compensatie objectief en transparant vastgesteld zijn. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de DAEB geheel of gedeeltelijk te dekken.

Voordeel van compenseren voor een DAEB, is dat anders dan bij de staatssteunvrijstelling, het toe te kennen bedrag niet op voorhand duidelijk hoeft te zijn. Voorts is de de-minimisvrijstellng hoger (500.000 v. 200.000), en kunnen, mits de totale vrijstelling er niet voor zorgt dat de toegestane steunintensiteit voor een bepaalde activiteit wordt overschreden, de de-minimisvrijstellingen worden gecombineerd.

8.4 OPTIE 3: UITZONDERINGEN OP HET VERBOD VAN STAATSSTEUN

8.4.1 DE STAATSSTEUNPROCEDURE

Wanneer een financiële bijdrage aan aquathermie niet kan gelden als compensatie voor een DAEB, en niet voldoet aan het market economy operator principle, moet zorgvuldig worden gekeken naar de staatssteunregels.

In beginsel moeten alle steunmaatregelen gemeld worden bij de Commissie. Die gaat vervolgens na of er inderdaad sprake is van verboden staatssteun, op basis van de criteria die in paragraaf 8.1 zijn besproken. Concludeert de Commissie dat aan die voorwaarden is voldaan, dan mag de steun niet worden uitgekeerd. Het is natuurlijk ook mogelijk, dat de Commissie de steun verenigbaar acht met de interne markt. Dat zal gebeuren als de positieve effecten ervan opwegen tegen de nadelen voor de concurrentie. De Commissie heeft een Richtlijn opgesteld, waarin zij uitlegt hoe zij met haar taak uitoefent.[23] In paragraaf 3.1 legt de Commissie uit, aan welke voorwaarden steun moet voldoen, om goedgekeurd te worden. De steun moet:

i. voldoen aan een welomschreven doel van algemeen belang;
ii. noodzakelijk zijn om een precies omschreven marktfalen op te lossen
iii. passend zijn om het doel te realiseren; en
iv. marktspelers incentiveren om zich anders te gedragen dan zij zouden doen wanneer de steunmaatregel er niet zou zijn.

De maatregel moet voorts proportioneel zijn, mag geen grote negatieve effecten hebben op mededinging en handel tussen de lidstaten, en moet transparant zijn. Zowel stadsverwarming en -koeling als steun voor energie-infrastructuur vallen onder de richtlijn, aldus de Commissie.[24]

Het is dus goed mogelijk, dat steun voor aquathermie die wordt aangemeld bij de Commissie, door haar verenigbaar met de interne markt wordt geacht. De steun mag dan worden uitgekeerd. Dit is echter een relatief zware procedure, die vaak onnodig is: Op de aanmeldplicht is een aantal uitzonderingen. Wanneer op voorhand aannemelijk is dat steun wel verenigbaar is met de interne markt, hoeft die niet te worden aangemeld. In een aantal vrijstellingsverordeningen wordt dit nader uitgewerkt.

23 OJ C 200, 28.6.2014, p. 1-55.

24 Merola, Massimo, and Omar Diaz. “Energy and Environment.” The Modernisation of State Aid for Economic and Social Development. Springer, Cham, 2018. 169-236.

Bij het gebruikmaken van de vrijstellingsverordening is wel enige zorgvuldigheid vereist. Steun die (onterecht) niet wordt aangemeld en niet verenigbaar blijkt te zijn met de interne markt moet worden teruggevorderd. Op de terugvorderingsverplichting zijn nauwelijks uitzonderingen denkbaar. Het is dus van belang zorgvuldig te kijken naar de voorwaarden in de vrijstellingsverordeningen. Daarbij is overigens ondersteuning beschikbaar vanuit Europa Decentraal.

8.4.2 UITZONDERINGEN OP DE AANMELDPLICHT

Twee verordeningen bevatten voor aquathermie belangrijke uitzonderingen op het staatssteunverbod. Steun die wordt verleend in overeenstemming met deze verordeningen hoeft niet te worden aangemeld, en wordt geacht verenigbaar te zijn met de interne markt. Het gaat om de de-minimisverordening en de algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV).

De de-minimisverordening

De de-minimisverordening maakt het mogelijk bedrijven te ondersteunen met kleine bedragen. Een onderneming mag binnen een periode van 3 jaar in totaal maximaal 200.000 euro aan steun ontvangen. Dit bedrag geldt per onderneming, per lidstaat. De hoogte van de steun moet op voorhand vast staan. Er kan dus niet achteraf, bijvoorbeeld op basis van bedrijfsresultaten of ondernomen activiteiten, worden bepaald hoeveel steun wordt toegekend.

Om te voorkomen dat dit plafond wordt overschreden, moeten bedrijven die steun ontvangen een de minimisverklaring overleggen, waarin zijn aangeven of zij al eerder steun hebben ontvangen in de afgelopen drie jaar, en zo ja, hoeveel dat was.

De Commissie houdt in beginsel geen toezicht op de toepassing van de de-minimisverordening. De Wet M&O is daarom van toepassing op de-minimissteun. Dat betekent dat deze vorm van steun aan overheidsbedrijven op bezwaren stuit.

De Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV)

De AGVV bevat een vrijstelling van de aanmeldplicht voor steun voor energie-efficiënte stadsverwarming- en koeling. Deze steun hoeft, wanneer wordt voldaan aan de hierna te bespreken voorwaarden, niet aangemeld te worden. Overheden die gebruik willen maken van de AGVV dienen contact op te nemen met Europa Decentraal, dat ondersteunt bij de vormgeving van de steun.
Om gebruik te kunnen maken van de AGVV moet worden voldaan aan de voorwaarden uit hoofdstuk 1 van de verordening.

i. Steun moet transparant zijn

Dat wil zeggen dat de waarde van de steun op voorhand vast te stellen is. Dat is bijvoorbeeld zo als een vast bedrag aan subsidie wordt verleend, maar niet wanneer steun achteraf wordt vastgesteld, bijvoorbeeld op basis van exploitatieresultaten. Is dat wel de bedoeling, dan kan beter gebruik worden gemaakt van de DAEB-regels.

ii. Steunplafond

Het bedrag dat ondernemingen kunnen ontvangen onder de AGVV is beperkt. Er geldt in beginsel een steunplafond van 15 miljoen euro. Is de verleende steun hoger dan het plafond, dan moet de steun aangemeld worden bij de Commissie, die van geval tot geval bekijkt of de

steun verenigbaar is met de interne markt. Bij het bepalen of het plafond wordt overschreden, moet ook rekening worden gehouden met steun die is gegeven door andere overheden.

iii. Geen steun aan ondernemingen met financiële problemen

Ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren, komen niet in aanmerking voor staatssteun op basis van de AGVV. Datzelfde geldt voor ondernemingen die eerder onterechte steun hebben ontvangen, die nog teruggevorderd moet worden.

iv. Kennisgevingsplicht

Steun hoeft niet vooraf gemeld te worden, maar wel moet 20 dagen ná het verlenen van de steun kennisgeving zijn gedaan bij de Commissie. Ook geldt een rapportageverplichting.

v. Eisen specifiek voor steun aan aquathermie

De AGVV bevat verder meer specifieke eisen voor steun aan verschillende soorten activiteiten. Artikel 46 AGVV bevat een vrijstelling specifiek voor investeringssteun voor energie-efficiente stadsvervarwming en -koeling, en voor warmte en koelteproductie. De vrijstelling geldt voor investeringssteun ten behoeve van de constructie, uitbreiding of het verbouwen van productie-installaties en distributiesystemen. Het algemene steunplafond uit de AGVV is van toepassing: 15 miljoen per onderneming per project. Voor het distributienetwerk geldt een plafond van 20 miljoen euro. Deze vrijstellingen kunnen worden gecombineerd, wanneer zowel in warmteproductie als in infrastructuur wordt geïnvesteerd.[25] Op basis van de AGVV geldt dat de steun-intensiteit aan maxima gebonden is, en dat de 'eligible costs' gespecificeerd zijn.

8.4.3 CONCLUSIES STAATSSTEUNVERBOD

Er zijn diverse uitzonderingen op het verbod op staatssteun. Allereerst is staatssteun toegestaan, wanneer de positieve effecten van de steunmaatregelen opwegen tegen de nadelige consequenties voor de interne markt. Het is aan de Commissie om te bepalen of dit het geval is. Daartoe moeten in beginselen alle steunmaatregelen bij haar worden aangemeld. Steun mag pas worden uitgekeerd, als de Commissie groen licht heeft gegeven.

Er zijn echter ook laagdrempeliger manieren om staatssteun te kunnen verlenen. Kleine steunmaatregelen kunnen worden gebaseerd op de de-minimisverordening.

Gaat het om grotere bedragen, dan biedt de AGVV uitkomst. Het gebruik van de AGVV is tamelijk complex. Overheden worden daarom ondersteund door Europa Decentraal, wanneer zij van deze regeling gebruik willen maken.

25 Pt. 205 of the General Block Exemption Regulation (GBER) Frequently Asked Questions, March 2016.)

	MEOP	Uitzonderina oo staatssteunverbod			Diensten van alaemeen economisch belana			
	MEOP	de minimis staats-steun	AGW	meldplichtige staats-steun	Altmark DAEB	de minimis DAEB	DAEB vriistellinasbesluit	DAEB kaderreaelina
Maximum bijdrage in C	Geen maximum	€ 200.000 per onderne-ming per 3 jaar	€ 15.000.0000, € 20.000.000 voor het netwerk	Geen maximum	Geen maximum	€ 500.000 per onderne-ming per 3 jaar	€ 15.000.000,00	Geen maximum
Voor financiering in aanmerking komende kosten	Als MEOP		Maximale steunintensiteit varieert naar gelangde ondersteunde-activiteit		Vergoeding mag kosten uitvoering openbare-dienstverplichting dekken, plus een redelijke winst	Vergoeding mag kosten uitvoering openbare-dienstverplichting dekken, plus een redelijke winst	Vergoeding mag kosten uitvoering openbare-dienstverplichting dekken, plus een redelijke winst	Vergoeding mag kosten uitvoering openbare-dienstverplichting dekken, plus een redelijke winst
Transparantie	Als MEOP	Hoogte steun moet op voorhand duidelijk zijn	Hoogte steun moet op voorhand duidelijk zijn	Hoogte steun moet op voorhand duidelijk zijn	Hoogte vergoeding kan achteraf worden vastgesteld	Hoogte vergoeding kan achteraf worden vastgesteld	Hoogte vergoeding kan achteraf worden vastgesteld	Hoogte vergoeding kan achteraf worden vastgesteld
Melden bij Commissie	Niet meldingsplichtig	Niet meldingsplichtig	Kennisgeving achteraf	Vooraf melden bij Commissie	Niet meldingsplichtig	Niet meldingsplichtig	Niet meldingsplichtig	Vooraf melden bij Commissie
Beperkingen	Als MEOP		Geen steun aan ondernemingen met financiële problemen & geen steun aan ondernemingen waarvan nog onterecht verleende staatssteunmoet worden teruggevorderd		De dienstverlener moet wordengeselecteerd door een aanbes tedingsprocedure óf de vergoeding moet wordenvastgesteld op basis van een benchmark			
Opmerkingen		Kan worden gecombineerd met DAEB de minimsi	Via EuropaDecentraal			Kanworden gecombineerd met de minimsi staatssteun		
WetM&O	Wet M&O van toepassing, maar niet problematisch	Wet M&O van toepassing: de minimis steun aan overheidsbedrijven is in beginsel verboden	Wet M&O niet van toepassing op basis van artikel 25h lid 4 Mw	Wet M&O niet van toepassing op basis van artikel 25h lid 4 Mw	Geen staatsste un: Wet M&O van toepassing, tenzij algemeenbelangbesluit op basis van artikel 25h lid 5 Mw	Geen staatsste un: Wet M&O van toepassing, tenzij algemeenbelangbesluit op basis van artikel 25h lid 5 Mw	Wel staatssteun: Wet M&O niet van toepassing op basis van artikel 25h lid 4 Mw	Wel staatssteun: Wet M&O niet van toepassing op basis van artikel 25h lid 4 Mw

Overheden die financieel willen bijdragen aan aquathermie, hebben verschillende mogelijkheden. Deze zijn op de vorige pagina weergegeven in een schema.

Voor MEOP geldt, dat dit procedureel een eenvoudige oplossing is. MEOP is echter alleen geschikt, wanneer een project ook door de markt goed te financieren is. Omdat het bij veel initiatieven juist gaat om projecten, die door de markt lastig te realiseren zijn, zal MEOP lang niet altijd een optie zijn.

De uitzonderingen op het verbod van staatssteun variëren in gebruiksgemak. De opties hebben gemeen, dat de steun transparant moet zijn: op voorhand moet duidelijk zijn welk bedrag aan steun wordt verleend.

Voor de DAEB-uitzonderingen geldt, dat de hoogte van de vergoeding juist achteraf wordt vastgesteld, op basis van vooraf bekende criteria. Dat betekent dat die vergoeding afhankelijk kan zijn van de kosten die door – bijvoorbeeld – een netwerkbeheerder daadwerkelijk worden gemaakt.

Is de keuze gemaakt voor een bepaalde wijze van financieren, dan kan nog de Wet M&O van toepassing zijn. Deze stelt extra voorwaarden, wanneer de productie, distributie of levering door een bestuursorgaan of overheidsbedrijf wordt gedaan. Het is dan wel mogelijk, een algemeenbelangbesluit te nemen, waardoor de gedragsregels uit de Mededingingswet niet langer gelden.

9

DE ROL VAN DE OVERHEID IV: SCHAARSE WARMTE VERDELEN

Warmtebronnen hebben een beperkte capaciteit. Er kunnen dus niet onbeperkt initiatieven worden aangesloten op een beschikbare warmtebron. Ook technisch gezien zijn er beperkingen voor het plaatsen van een Warmtewisselaar. Het plaatsen van een warmtewisselaar kan ecologische effecten hebben op het oppervlaktewater, en kan gevolgen hebben voor doorstroming, het zuiveringsproces, onderhoud, veiligheid en andere functies van het water. De bronbeheerder moet daarom keuzes maken. Aan welke partij stelt hij warmte beschikbaar? En wil hij daar überhaupt in sturen?

Er zijn in essentie drie mogelijkheden. Ten eerste kan de bronbeheerder kiezen voor een faciliterende rol. Hij stelt dan zijn bron beschikbaar, of verleent een vergunning aan een partij die daar nuttig gebruik van kan maken. Hij toetst initiatieven aan het wettelijk kader en eventueel aan zijn eigen beleidsdoelen, en stelt vervolgens al dan niet de warmtebron ter beschikking.

Een meer vergaande rol, is die van partner. De bronbeheerder zoekt dan samenwerking met een vertrouwde partij, of met een nog (door een aanbestedingsprocedure) te selecteren partij. Er kunnen afspraken worden gemaakt over de wijze waarop die partij aquathermie gaat vormgeven, en eventueel kan de bronbeheerder daar een financiële vergoeding aan koppelen. Er gelden voorwaarden voor de selectie van partijen om mee samen te werken (zie hieronder), en een financiële bijdrage aan het project moet passen binnen het in hoofdstuk 8 uiteengezette kader.

Ten slotte kan de bronbeheerder één en ander in eigen beheer houden. Hij wordt dan eigenaar van de faciliteiten. Er hoeft geen samenwerkingspartner geselecteerd te worden. Wel moet rekening worden gehouden met de overige marktordeningsregels, zoals geschetst in hoofdstuk 7 en 8.

9.1 STURINGSINSTRUMENTEN

9.1.1 PRIVAATRECHTELIJKE STURINGSINSTRUMENTEN

De bronbeheerder kan er voor kiezen een contract te sluiten met een warmteproducent. Kiest hij voor een faciliterende rol, dan zal hierin niet veel meer staan, dan dat de afnemer het recht krijgt warmte te onttrekken aan de bron. Kiest hij voor een rol als partner, dan kunnen nadere afspraken worden gemaakt over wat de afnemer vervolgens met die warmte doet. In dat geval kan het aanbestedingsrecht van toepassing zijn, dat eisen stelt aan de selectie van samenwerkingspartners (zie paragraaf 9.2 hieronder).

Deze vorm van sturing vereist dat de bronbeheerder daadwerkelijk zeggenschap heeft over de warmte die aanwezig is in de bron die hij beheert. Deze vraag is, naar de huidige stand van het recht, echter niet met zekerheid te beantwoorden. De wet bepaalt dat eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben. Uit deze definitie blijkt dat enkel 'zaken' het voorwerp van eigendom kunnen zijn. Een zaak is een 'voor menselijke beheersing vatbaar, stoffelijk object'. Eenvoudig gezegd: alleen datgene wat je vast kunt pakken is juridisch gezien een 'zaak' en om die reden voor eigendom vatbaar. Om deze reden is warmte, evenmin als de lucht of het water in de zee of in een rivier een zaak, waardoor het niet mogelijk is hier eigenaar van te zijn. Hoe warmte goederenrechtelijk wél gekwalificeerd moet worden, is onduidelijk. Ons wetboek kent naast zaken ook vermogensrechten. Dit zijn (subjectieve) rechten die tot de activa van een vermogen kunnen behoren, te denken aan vorderingsrechten of beperkte zakelijke rechten, zoals bijvoorbeeld een erfpachtrecht of een hypotheekrecht. Warmte van water is echter ook niet als vermogensrecht aan te merken. Dat maakt het behalve een bijzondere categorie, tevens lastig goederenrechtelijk te kwalificeren.

Hoewel oppervlaktewater niet kan worden aangemerkt als zaak, en dus evenmin als warmte eigendom kan zijn, is het niet zo dat water onder geen enkele omstandigheid eigendom kan zijn. Water dat in een container zit die zelf wel een zaak is, wordt eigendom van de eigenaar van de container.

Eén en ander betekent dat indien men eigenaar is van een leiding, men ook eigenaar is van het water dat zich hierin bevindt. Voor TED en TEA is dan duidelijk dat de eigenaar van de drinkwaterleidingen respectievelijk rioolbuizen en waterzuiveringsinstallatie, eigenaar is van het water dat zich hierin bevindt. Betekent dat ook, dat zij gerechtigd zijn te beschikken over de warmte die zich in dit water bevindt? Dat lijkt waarschijnlijk, maar is niet met zekerheid te zeggen. Voor TEO geldt, dat oppervlaktewater geen eigendom kan zijn, en de warmte die zich daarin bevindt dus ook niet.

Eén en ander betekent, dat het via contracten beschikbaar stellen van warmte aan private partijen een (beperkt) risico in zich draagt. Is de bronbeheerder niet gerechtigd om privaatrechtelijk over de warmte in zijn bron te beschikken, dan kan hij daar immer geen contracten over afsluiten. Het recht geeft geen antwoord op de vraag wie beschikkingsbevoegd is voor wat betreft de warmte die in water aanwezig is. De Hoge Raad kan hier uiteindelijk duidelijkheid over scheppen. Het lijkt echter onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad zal oordelen, dat Waterschappen en drinkwaterbedrijven niet kunnen beschikken, over de warmte die zich bevindt in hun leidingen, rwzi's en dergelijke.

Indien gewenst, kan dit risico worden afgevangen door te contracteren over bijvoorbeeld het recht een warmtewisselaar te plaatsen.

Zeker voor TEO geldt, dat ook het publiekrechtelijk reguleren van het gebruik van de bron een goede optie is. Het recht warmte te onttrekken aan een bron, wordt dan bij vergunning verleend.

9.1.2 PUBLIEKRECHTELIJKE STURINGSINSTRUMENTEN

Ook via het publiekrecht, kunnen overheden de ontwikkeling van aquathermie sturen. Zij hebben daarvoor in grote lijnen twee mogelijkheden. Ten eerste kunnen ze gebruik maken van algemene regels, bijvoorbeeld over het maximale temperatuurverschil tussen water dat wordt teruggebracht in oppervlaktewater en dat oppervlaktewater zelf. Daarnaast kunnen

ze kiezen voor een vergunningenstelsel, waarbij toestemming vereist is voordat warmte kan worden geproduceerd, geleverd, of gedistribueerd. Ook een meldingenstelsel is een optie.

De keuze tussen deze instrumenten is vrij, en zal afhangen van de beleidsdoelen van de overheid. Wil zij bijvoorbeeld faciliteren dat in een wijk met appartementencomplexen iedere VvE de mogelijkheid heeft een warmtewisselaar te plaatsen bij het riool, dan kan gemakkelijk met algemene regels worden gewerkt. Wil de gemeente toezicht houden op de projecten, dan kan met vergunningen worden gewerkt.

Wil de overheid daarentegen maar aan één of enkele partijen de gelegenheid bieden een warmtewisselaar te plaatsen, dan moet linksom of rechtsom die partij worden geselecteerd. Dat kan door de betreffende partijen een vergunning te verlenen (en andere partijen dus niet). Denkbaar is, dat een maximum wordt gesteld aan het aantal vergunningen voor onttrekking van oppervlaktewater ten behoeve van aquathermie, of een maximum aan het aantal vergunningen dat zal worden verleend voor het plaatsen van een warmtewisselaar.

Zo kan er een vergunning worden verleend aan één energiebedrijf, dat een warmtewisselaar plaatst waarmee een hele wijk van warmte wordt voorzien. Een dergelijke vergunning is schaars: er wordt maar één vergunning uitgegeven, terwijl er misschien wel meerdere energiebedrijven belangstelling voor hebben.

Het gebruik van een dergelijke schaarse vergunning is aan voorwaarden gebonden. De belangrijkste daarvan, is dat het bestuursorgaan dat de vergunningen verdeelt rekening houdt met het beginsel van gelijke kansen, en dat de wijze van verdelen transparant is.

De wijze waarop die vergunning verdeeld wordt is aan het bevoegd gezag: dat kan kiezen voor een eenvoudig systeem van wie het eerst komt, wie het eerst maalt, waarbij de vergunning wordt gegund aan de eerste aanvrager. Er kan ook een loting worden georganiseerd, een veiling, of een zogenaamde beauty contest. Dat laatste is een vergelijkende toets, waarbij voorstellen op een aantal van te voren vastgestelde criteria worden beoordeeld en vervolgens worden gerangschikt van best naar slechtst. Voor iedere wijze van verdeling geldt dat het verdelende bestuursorgaan rekening moet houden met het beginsel van gelijke kansen, en transparantie moet bieden zodat iedereen die dat wil mee kan dingen naar de vergunning. Steeds geldt dat het bestuursorgaan van te voren bekend moet maken:

- Dat een vergunning verdeeld zal worden
- Welke procedure daarbij gevolgd zal worden
- Aan welke eisen aanvragers moeten voldoen
- Op basis van welke criteria de vergunning verleend zal worden
- De periode waarin de vergunnning aangevraagd kan worden.

Zo lang voldoende transparantie wordt geboden, is veel mogelijk. Wel geldt bij een verdeling op basis van beleidsmatige criteria, dat de gekozen criteria goed moeten worden gemotiveerd en beargumenteerd. Zo stelde de gemeente Amsterdam een plafond aan het aantal vergunningen voor rondvaartboten, om de doorstroming op het water te beschermen. Voor grote boten was een beperkt aantal vergunningen beschikbaar, omdat juist zij die doorstroming belemmerden, volgens de gemeente. Een aantal reders maakten bezwaar, met het argument dat hun boten veel wendbaarder waren dan kleinere boten, en de doorstroming nauwelijks belemmerden. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ging mee met dit argument, en de gemeente moest terug naar de tekentafel om een nieuw vergunningenstelsel te

ontwerpen. Het is dus van belang dat de gebruikte selectiecriteria daadwerkelijk bijdragen aan het beleidsdoel.

Een tweede aandachtspunt met betrekking tot schaarse vergunningen is de noodzaak ze te verlenen voor bepaalde tijd. Over de periode waarvoor de vergunning verleend mag worden is nog veel onduidelijk, maar in de literatuur gaat men er van uit dat die lang genoeg moet zijn om investeringen terug te verdienen en een redelijke return on investment te halen, maar niet langer mag zijn dan dat. Het is aan het vergunningverlenende bestuursorgaan om die termijn vast te stellen.

Bestaande regels
Naast de beperkte beschikbaarheid van warmte, kan er ook beperkt ruimte zijn voor WKO-systemen. Te veel WKO-systemen in een gebied zorgen immers voor interferentie en afname van de effectiviteit van het systeem. In beginsel geldt hier dat wie het eerst komt, het eerst maalt. Een vergunning moet verleend worden als de aanvrager kan aantonen dat er geen interferentie met andere systemen optreedt. Dat is niet altijd wenselijk. De gemeente wil bijvoorbeeld één grote effectieve installatie mogelijk maken. De gemeente kan hier sturend optreden door interferentiegebieden aan te wijzen op basis van artikel 2.2b Besluit omgevingsrecht, waar speciale regels gesteld kunnen worden met betrekking tot WKOs.

9.1.3 ZIJN VERGUNNINGEN SCHAARS?

Ook de vergunningen die op basis van het huidige recht nodig zijn voor aquathermie, kunnen schaars zijn. Is dat het geval, dan moeten bij de verdeling van die rechten de eisen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke kansen in acht worden genomen.

Binnen het EU-recht hebben de eisen die gesteld worden aan de verdeling van schaarse rechten hun wortels in het aanbestedingsrecht. In het aanbestedingsrecht gelden drie kernbeginselen: gelijkheid, objectiviteit, en transparantie. Op deze beginselen stoelen de Aanbestedingsrichtlijnen. Door gelijke kansen te bieden aan gegadigden voor een overheidsopdracht, transparantie te betrachten, en objectieve criteria te hanteren voor de gunning van een opdracht, verzekeren overheden zich van de beste deal. Eén en ander leidt tot een effectievere besteding van publieke gelden, en tot een betere werking van de interne markt. Langzaamaan breidde het Hof van Justitie de werking van de aanbestedingsrechtelijke beginselen uit, naar concessies, naar opdrachten onder de aanbestedingsdrempels, en uiteindelijk ook naar vergunningen voor het verrichten van economische activiteiten, wanneer er van die vergunningen slechts een beperkt aantal kan worden verleend. Maar verder is het Hof van Justitie niet gegaan. Het Hof heeft de eisen die voortvloeien uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen niet van toepassing verklaard op vergunningen waarmee schaarse milieugebruiksruimte wordt verdeeld. Vanuit het Europees recht gelden op grond van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel dus geen bijzondere eisen voor de verdeling van dergelijke vergunningen.

Op basis van het nationaal recht ligt dat anders. In haar uitspraak van 2 november 2016 oordeelde de Afdeling dat in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die vereist dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. De Afdeling baseert deze eis op het gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel geldt in het gehele Nederlandse recht, en dus ook voor omgevings- en milieuvergunningen.

In 2018 werd meer duidelijk over de betekenis van deze uitspraak voor het omgevingsrecht. De Afdeling concludeerde toen, dat een omgevingsvergunning voor bouwen in beginsel niet schaars is. Hoewel het goed mogelijk is dat op basis van het bestemmingsplan maar een beperkt aantal locaties in aanmerking komt voor een bouwvergunning voor, bijvoorbeeld, een chemische fabriek, zijn er niet meer gegadigden dan beschikbare vergunningen. Omgevingsvergunningen kunnen doorgaans immers alleen worden aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken. Het aantal locaties waarvoor een vergunning kan worden aangevraagd is schaars, niet het aantal vergunningen.[26]

Op die hoofdregel bestaan wel uitzonderingen. De Afdeling verwijst in haar uitspraak naar de conclusie van de AG, waarin die uitzonderingen, volgens haar gebaseerd op eerdere uitspraken van de Afdeling, uiteen worden gezet.[27] Een omgevingsvergunning kan wel schaars zijn, wanneer die een schaars recht toekent. Dat is het geval:

- wanneer er een kader is waarin een maximum wordt gesteld aan het aantal te verlenen vergunningen;
- wanneer er een hoge mate van verbondenheid bestaat tussen een omgevingsvergunning en een schaarse exploitatievergunning[28];
- wanneer [het besluit] wordt gebruikt om de door de wet gemaximaliseerde milieugebruiksruimte te verdelen over meer gegadigden.

Besluiten die zien op het verdelen van schaarse milieugebruiksruimte kunnen dus wel kwalificeren als schaarse besluiten.

In hoofdstuk 11 wordt besproken, welke omgevingsrechtelijke vergunningen nodig kunnen zijn voor aquathermie. Wanneer een bouwvergunning nodig is, is die in principe niet schaars. Voor lozings- en onttrekkingsvergunningen is dat minder duidelijk. Er is immers een grens aan de hoeveelheid thermische verontreiniging die een water aan kan, voor er problemen optreden met betrekking tot de waterkwaliteit. Hetzelfde geldt voor onttrekkingen: logischerwijs is er een maximum hoeveelheid water, die kan worden onttrokken.

Dat maakt de vergunningen echter niet automatisch schaars. Voor warmtelozingen geldt dat er geen maximum wordt gesteld aan het aantal vergunningen dat kan worden verleend. In plaats daarvan moeten alle lozingen voldoen aan criteria, die moeten voorkomen dat de ecologische kwaliteit in het geding komt. In eerste instantie gaat het dan om een maximum dat wordt gesteld aan de zogenaamde warmtevracht. Wordt maatwerk geleverd, dan worden maxima gesteld aan het temperatuurverschil tussen het water waarop wordt geloosd en de lozing (de delta), aan de omvang van de mengzone, en aan de maximumtemperatuur die het oppervlaktewater mag krijgen. Door warmtelozingen op deze manier te reguleren, zijn de vergunningen niet schaars. Essentieel is immers, dat er een maximum aantal vergunningen is vastgesteld. Lozingsvergunningen zouden dus pas schaars zijn, wanneer bijvoorbeeld maximaal 10 vergunningen beschikbaar worden gesteld, waarin wordt toegestaan water met een hogere temperatuur dan gebruikelijk te lozen.

Dat lozings- en onttrekkingsvergunningen ten behoeve van aquathermie niet voor iedere locatie kunnen worden afgegeven, maakt die vergunningen ook niet schaars. Net als voor

26 ECLI:NL:RVS:2018:4198

27 ECLI:NL:RVS:2018:1847

28 Deze uitzondering is ontleend aan eerdere uitspraken van de Afdeling over speelatuomatenhallen. De geïntereseerde lezer zij verwezen naar de Afdelingsuitspraak van 2 november 2016, en de daaraan voorafgaande conclusie van de AG.

bouwvergunningen geldt, dat niet het aantal vergunningen is beperkt, maar het aantal locaties waarvoor vergunningen kunnen worden afgegeven.

Voor onttrekkingen van oppervlaktewater geldt, dat de toepasselijke regels kunnen variëren. Of vergunningen voor dergelijke onttrekkingen schaars zijn, hangt af van de vraag, of in wets- of beleidsregels een plafond is opgenomen. Dat is bijvoorbeeld het geval, wanneer een maximum is gesteld aan het aantal vergunningen voor grote onttrekkingen dat zal worden verleend, maar ook wanneer in een Keur een regel is opgenomen, dat voor een bepaald gebied geen nieuwe onttrekkingsvergunningen worden verleend.

Een algemeen onttrekkingsverbod, zoals de Minister van Infrastructuur en Milieu dat kan afkondigen wanneer waterschaarste heerst, zorgt er niet voor dat onttrekkingsrechten schaars zijn. Er vallen in een dergelijk geval immers geen rechten te verdelen.

Concluderend:

- Een vergunning voor het lozen van warmte of koude is niet schaars, tenzij een dergelijke vergunning geweigerd kan worden op grond van het feit dat a) er een maximum aantal vergunningen is verleend, of b) vergunningen zijn verleend voor een maximale hoeveelheid warmtevracht.
- Een vergunning voor het onttrekken van oppervlaktewater kan schaars zijn, wanneer zo'n vergunning geweigerd kan worden op grond van het feit dat a) er een maximum aantal vergunningen is verleend, of b) vergunningen zijn verleend voor een maximale hoeveelheid onttrekkingen.

9.2 SAMENWERKING MET ANDERE PARTIJEN[29]

Vaak zullen bronbeheerders in samenwerking met andere partijen tot een invulling willen komen. Het kan gaan om andere publiekrechtelijke organisaties, maar ook om marktpartijen. In de selectie van samenwerkingspartners, zijn zij niet geheel vrij: het aanbestedingsrecht stelt hier beperkingen aan. Wil een bronbeheerder een overeenkomst sluiten met een partij die zijn bron zal exploiteren, dan is hij veelal aanbestedingsplichtig.

9.2.1 WANNEER AANBESTEDEN?

Een overeenkomst moet worden aanbesteed, wanneer aan twee voorwaarden is voldaan:

i. de opdrachtgever moet een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf zijn; en
ii. er moet een overheidsopdracht, concessieopdracht of speciale-sector opdracht worden gegund.

Zowel waterschappen, Rijkswaterstaat, gemeenten en drinkwaterbedrijven voldoen aan de eerste voorwaarde. Drinkwaterbedrijven zijn speciale-sectorbedrijven, en de overige bronbeheerders zijn aanbestedende diensten.
Niet alle overeenkomsten op basis waarvan zij warmtebronnen beschikbaar stellen, zijn aanbestedingsplichtig. Dat is afhankelijk van de voorwaarden waaronder de bron beschikbaar wordt gesteld. Er geldt dat sprake moet zijn van:

i. een schriftelijke bilaterale overeenkomst;
ii. wilsovereenstemming;
iii. selectiviteit;
iv. een uitvoeringsverplichting en een overeenkomst die in rechte kan worden afgedwongen
v. een bezwarende titel

29 Het aanbestedingsrechtelijke kader is vrij technisch van aard. De achterliggende analyse voor dit hoofdstuk is daarom te vinden in bijlage I.

Aan de eerste drie criteria zal over het algemeen zijn voldaan. Voor de vierde en vijfde voorwaarde, moet van geval tot geval worden bekeken, of zij zijn vervuld. Dat een partij het recht krijgt een warmtebron te exploiteren, betekent immers niet dat zij daar ook toe verplicht is. Is dat niet het geval, dan is geen sprake van een opdracht, en is de overeenkomst niet aanbestedingsplichtig.

Een overeenkomst wordt gesloten onder bezwarende titel, wanneer de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dat de overeenkomst sluit, zich verplicht een tegenprestatie te verrichten. Dat is in ieder geval zo, wanneer zij het bedrijf waarmee zij contracteren betalen. Bij een concessie, bestaat de tegenprestatie er uit, dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de wederpartij het alleenrecht geeft de warmtebron te exploiteren, en te profiteren van de opbrengsten van die exploitatie.

Er zal dus steeds gekeken moeten worden, of een overeenkomst die wordt gesloten met een warmteproducent, -leverancier, of -transporteur aanbestedingsplichtig is.

Spreekt een bronbeheerder af dat de wederpartij verplicht is de warmtebron te exploiteren, een netwerk aan te leggen of te onderhouden, of warmte te leveren, en levert de bronbeheerder in ruil hiervoor een tegenprestatie, dan moet worden aanbesteed. Op deze aanbestedingsplicht, zijn wel een aantal uitzonderingen mogelijk.

9.2.2 UITZONDERINGEN OP DE AANBESTEDINGSPLICHT

Allereerst: het aanbestedingsrecht dwingt niet tot het uitbesteden van taken. Wanneer een bronbeheerder er voor kiest, in eigen beheer warmte te produceren, leveren en/of distribueren, dan staat het aanbestedingsrecht daaraan niet in de weg. In aanbestedingsrechtelijk jargon heet dit ‘zelfvoorziening’.

Wil hij deze taken wél uitbesteden, dan bestaat er een viertal uitzonderingen op de aanbestedingsplicht.

i. de geïnstitutionaliseerde uitzondering
ii. de niet-geïnstitutionaliseerde uitzondering
iii. de alleenrecht uitzondering
iv. verbonden onderneming

i. de geïnstitutionaliseerde uitzondering

Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf is niet verplicht een overeenkomst voor een opdracht aan te besteden, wanneer zij deze overeenkomst gunt aan een aparte rechtspersoon, waarmee zij een gezagsverhouding heeft. Ook omgekeerd, kan die rechtspersoon zonder aanbestedingen opdrachten gunnen aan zijn oprichter. Een gezagsverhouding is er, wanneer de aanbestedende dienst toezicht houdt op die rechtspersoon als op haar eigen diensten, de rechtspersoon ten minste 80% van zijn werkzaamheden uitvoert ten behoeve van de controlerende aanbestedende dienst, en er geen sprake is van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon. Private partijen, zoals energiebedrijven, mogen dus niet deelnemen. Of de aparte rechtspersoon een NV, BV, of een gemeenschappelijke regeling is, is daarbij niet relevant. Het is ook mogelijk, dat een aantal aanbestedende diensten gezamenlijk een aparte rechtspersoon opricht, en gezamenlijk het toezicht uitoefent. De aparte rechtspersoon kan dan niet zonder aanbesteding opdrachten gunnen aan zijn oprichters.

Dit betekent, dat wanneer een bronbeheerder, of een aantal samenwerkende overheden, een rechtspersoon wil oprichten voor de productie, distributie of levering van warmte, die overheden zonder aanbesteding overeenkomsten mogen gunnen aan dit bedrijf.

Er geldt wel een voorwaarde: participatie in de rechtspersoon door bedrijven die geen aanbestedende dienst zijn is niet toegestaan.

> *Casus TED Valkenburg*
> **SAMENWERKEN IN VALKENBURG**
>
> In Valkenburg werkt Dunea samen met het Hoogheemraadschap van Rijnland, Gemeente Katwijk en het Rijksvastgoedbedrijf. Zij willen gezamenlijk een werkorganisatie oprichten, die de aanleg en het beheer van alle leidingsinfrastructureren in de wijk gaat doen. Zij kunnen die werkorganisatie vormgeven, als een aparte rechtspersoon.
>
> De samenwerkingspartners zijn aanbestedende diensten en, in het geval van Dunea, een speciale sectorbedrijf. Zij kunnen onderhands de opdracht gunnen, aan een rechtspersoon die zij samen oprichten. Ze maken dan gebruik van de geïnstitutionaliseerde uitzondering. Of de werkorganisatie wordt vormgegeven als een gemeenschappelijke regeling, of een BV of NV, maakt daarbij voor het aanbestedingsrecht niet uit.
>
> Als Dunea solo de rechtspersoon opricht, kan die laatste ook onderhands opdrachten gunnen aan Dunea. Zijn er meerdere oprichters, dan kan dat niet.

ii. de niet-geïnstitutionaliseerde uitzondering

Een aanbestedende dienst is niet verplicht een opdracht aan te besteden, wanneer zij een overeenkomst sluit met één of meer andere aanbestedende diensten die voorziet in of uitvoering geeft aan een samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen. Dit mag alleen als de deelnemende diensten op de open markt samen niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

Dit betekent niet, dat iedere aanbestedende dienst zomaar mag contracteren met een andere aanbestedende dienst. Ze moeten *vergelijkbare* doelstellingen hebben. Voorstelbaar is dus, dat waterschap A contracteert met een waterschap B, dat in eigen beheer warmte produceert. Waterschap B kan dan ook de warmtebron van waterschap A exploiteren.

iii. de alleenrecht uitzondering

Een aanbestedende dienst hoeft een overeenkomst niet aan te besteden, wanneer de overeenkomst wordt gegund aan een andere aanbestedende dienst met een alleenrecht. Deze uitzondering gaat alleen op voor een overeenkomst voor het uitvoeren van diensten. Het alleenrecht moet gevestigd zijn in wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen, en mag niet in strijd zijn met het Unierecht.

iv. verbonden onderneming

Een speciale-sectorbedrijf is niet verplicht een overeenkomst aan te besteden, wanneer die overeenkomst wordt gegund aan een verbonden onderneming. Een bedrijf kan ook verbonden zijn aan een aantal speciale-sectorbedrijven. Net als bij de geïnstitutionaliseerde uitzondering

geldt, dat het bedrijf dat de opdracht gegund krijgt, ten minste 80% van de gemiddelde totale omzet die het in de drie jaar voorafgaand aan het plaatsen van de opdracht heeft behaald, heeft behaald door het verrichten van dergelijke werken of diensten voor het speciale-sectorbedrijf, dat de opdracht gunt.

Een onderneming is een verbonden onderneming, wanneer de jaarrekening is geconsolideerd met die van het speciale sectorbedrijf, of wanneer het een onderneming is waarop het speciale-sectorbedrijf direct of indirect overheersende invloed kan uitoefenen.

9.2.3 TOEPASSING

Wanneer aanbestedende diensten, en daaronder vallen gemeenten, waterschappen, en Rijkswaterstaat, of speciale-sectorbedrijven contractueel willen samenwerken, kan onder de voorwaarden hierboven beschreven een uitzondering op de aanbestedingsplicht van toepassing kan zijn.

Uitvoering door één instantie (variant 3)
Alle onderdelen van de aquathermie-keten, die de bronbeheerder zelf uitvoert, zijn niet aanbestedingsplichtig, omdat er dan een beroep gedaan kan worden gedaan op *zelfvoorziening*.

Overeenkomsten met private partijen (variant 2 en 3)
Alle onderdelen van de aquathermie-keten waarvoor de bronbeheerder een aanbestedingsplichtige opdracht wil gunnen aan een marktpartij als een energiebedrijf of een Vereniging van Eigenaren kan *geen* beroep worden gedaan op de hierboven beschreven uitzonderingen. In dergelijke situaties zal niet worden voldaan aan de relevante criteria van de uitzonderingen, omdat bijvoorbeeld een afhankelijkheidsrelatie ontbreekt of omdat deze instanties zelf geen aanbestedende dienst zijn.

Oprichting aparte rechtspersoon (variant 2 en 3)
Als de bronbeheerder alleen of samen met andere aanbestedende diensten *een aparte rechtspersoon opricht* (privaat- of publiekrechtelijk) dan kan er – als er voldaan is aan de criteria – een beroep worden gedaan op de geïnstitutionaliseerde uitzondering. Als het gaat om een speciale-sectorbedrijf kan de uitzondering voor de verbonden onderneming mogelijk uitkomst bieden. De rechtspersoon zou dan bijvoorbeeld de rol van producent of producent-leverancier op zich kunnen nemen. De contractuele overeenkomst, die dan wordt gegund aan deze rechtspersoon, kan dan worden uitgezonderd. (let op: de producent of producent-leverancier kan vervolgens zelf ook aanbestedingsplichtig zijn als voldaan is aan de criteria van 'publiekrechtelijke instelling', wanneer zij zelf weer contracteert met de transporteur en/of leverancier).

Contractuele samenwerking tussen aanbestedende diensten (variant 2 en 3)
Als de bronbeheerder alleen contractueel samenwerkt met andere aanbestedende diensten dan kan er - als er voldaan is aan de criteria - mogelijk gebruik worden gemaakt van de alleenrecht uitzondering of de niet-geïnstitutionaliseerde uitzondering. Voor deze laatste optie kan het relevant zijn dat er samen wordt gewerkt met dezelfde 'soort' aanbestedende diensten, bijvoorbeeld alleen waterschappen, om te kunnen voldoen aan criterium 1: 'de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen'.

Casus TEA Apeldoorn

WARMTE BESCHIKBAAR STELLEN OM NIET: AANBESTEDINGSPLICHTIG?

Waterschap Vallei en Veluwe is voornemens warmte en koude afkomstig uit de rwzi (vooralsnog) om niet beschikbaar stellen aan derde partijen. Is een overeenkomst die zij met zo'n partij sluit aanbestedingsplichtig? Dat hangt af van de inhoud van de gemaakte afspraken.

Zou het Waterschap deze partij betalen, en is die verplicht om de warmtebron te exploiteren? Dan is sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, tenzij een beroep kan worden gedaan op één van de in dit hoofdstuk besproken uitzonderingen.

Ook als het Waterschap de partij niet betaalt, en dus geen opdracht geeft om zijn warmtebron te ontwikkelen en te exploiteren, kan de overeenkomst aanbestedingsplichtig zijn. Dat is het geval als sprake is van een concessie. Als het exploiteren van de warmtebron verplicht is, en de wederpartij in ruil daarvoor het recht krijgt op de inkomsten uit die exploitatie, is sprake van een aanbestedingsplichtige concessie. Ook hier geldt, dat aanbesteden niet verplicht is, wanneer een beroep kan worden gedaan op een uitzondering.

Is er geen verplichting de warmte te exploiteren, dan is de overeenkomst niet aanbestedingsplichtig. Ook dan is het verstandig, enige transparantie te betrachten.

9.2.4 SAMENWERKEN MET PRIVATE PARTIJEN

Bovenstaande uitzonderingen zijn niet van toepassing, wanneer aanbestedende diensten willen samenwerken met een commerciële partij. Toch zullen zij vaak wel een private partij op het oog hebben waarmee zij graag willen samenwerken. In Apeldoorn bijvoorbeeld, ligt het voor de hand dat het Waterschap voor de verduurzaming van het bestaande warmtenet Zuidbroek samenwerkt met de huidige partner Ennatuurlijk B.V. Kan zij overeenkomsten die zij daartoe sluit zonder meer aan Ennatuurlijk gunnen?

Daar zijn mogelijkheden toe, zij het dat die beperkt worden uitgelegd. Zo kan mogelijk een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging worden gevolgd. Dat is toegestaan, wanneer er maar één aanbieder is, die de opdracht kan uitvoeren. Ook is er een uitzondering voor aanvullende werken of diensten, waarbij een opdracht zonder aankondiging gegund kan worden aan een ondernemer, die al eerder soortgelijken werken of diensten heeft uitgevoerd.

Van deze uitzondering kan gebruikt worden gemaakt, wanneer gebruik wordt gemaakt van een bestaand warmtenet, en met de beheerder daarvan een overeenkomst wordt gesloten.

9.3 CASE STUDY APELDOORN

In Apeldoorn is er een aantal projecten dat nu of in de toekomst belangstelling heeft warmte af te nemen van de rwzi Apeldoorn. Waterschap Vallei en Veluwe moet zich daarom gaan beraden op zijn positie en rol als energie-/warmteregisseur. Het recht biedt bij het maken van die keuzes maar beperkt handvatten. In principe is het Waterschap vrij te kiezen, voor eender welke rol. Wel verbindt het recht aan die keuze, wanneer ze eenmaal is gemaakt, de nodige consequenties.

9.3.1 FACILITEREN, STUREN, OF ZELF DOEN

Het Waterschap kan er voor kiezen aquathermie te faciliteren, door de warmtebron beschikbaar te stellen aan partijen die daar belangstelling voor tonen. Meldt zich een initiatief dat aansluit bij de beleidsdoelen van het Waterschap, dan kan zij toestemming verlenen de warmtebron te gebruiken. Is alle capaciteit in gebruik, dan kunnen nieuwe initiatieven niet gerealiseerd worden.

Deze mogelijkheid biedt het Waterschap weinig ruimte voor sturing. Partijen die toestemming hebben warmte te onttrekken aan de rwzi zijn niet verplicht dat ook daadwerkelijk te doen en worden niet door het Waterschap gecompenseerd.

Voordeel van deze benadering, is dat ze zonder meer past binnen de wettelijke taakstelling van het Waterschap. De Wet M&O en het aanbestedingsrecht spelen geen rol. Het Waterschap krijgt zelf niet te maken met de Warmtewet.

Het Waterschap kan er ook voor kiezen, een meer sturende rol te spelen. Zij maakt actieve keuzes in de projecten waarvoor zij warmte beschikbaar stelt, en gaat een samenwerking aan met partners die de toepassing van aquathermie ontwikkelen. Zij kan door middel van contractuele bepalingen invloed uitoefenen op de wijze waarop aquathermie vorm krijgt, en financiert wellicht de ontwikkeling mee. Het maken van een actieve keuze voor een bepaald initiatief, brengt een zekere verantwoordelijkheid met zich mee. De keuze voor het initiatief moet gemotiveerd worden – het Waterschap moet uitleggen waarom dit initiatief binnen haar beleidsdoelstellingen past.

Wanneer het Waterschap wil samenwerken met een private partij, dan moet de overeenkomst in principe worden aanbesteed. Wil het Waterschap samenwerking met een concrete partij, waarmee zij al een relatie heeft opgebouwd of plannen heeft ontwikkeld, dan is dat niet zonder meer mogelijk. Er kan wel bekeken worden, of de opdracht gegund mag worden via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging. Is dat niet het geval, dan moet de opdracht in ieder geval bekend gemaakt worden, zodat andere geïnteresseerden hun interesse kunnen laten blijken. Zijn die geïnteresseerden er daadwerkelijk (wat lang niet altijd zo zal zijn), dan zal de opdracht toch in competitie moeten worden verleend.

Wil het Waterschap samenwerken met (uitsluitend) andere publieke partijen, dan is een uitzondering op de aanbestedingsplicht goed mogelijk. Het Waterschap kan samen met andere overheden een WGR of een overheidsbedrijf oprichten, dat vervolgens warmte produceert, exploiteert, of distribueert. Zij kan ook de opdracht gunnen aan een andere aanbestedende dienst, die dezelfde belangen behartigt of een uitsluitend recht heeft de bron te exploiteren.

Zowel bij samenwerking met publieke partijen als private partijen, mag financiering of op geld waardeerbare steun alleen worden verleend binnen de kaders van het EU-recht. Daar zijn ruime mogelijkheden voor.

Wordt gekozen voor sturing, dan moet het Waterschap wel uitdrukkelijk stilstaan bij de vraag, of dit past binnen de wettelijke taakstelling van het Waterschap. Dat is overigens – afhankelijk van de technische en ecologische omstandigheden – goed te betogen. Als doordat de rwzi koeler water loost, de waterkwaliteit vooruitgaat, draagt aquathermie bij aan de taakstelling van het Waterschap, en is verdedigbaar dat zij daar ook financieel aan bijdraagt.

Ten slotte kan het Waterschap er voor kiezen, zelf warmte te produceren, te leveren of te distribueren. Wanneer zij de warmte inzet voor eigen gebruik, zal dit geen problemen opleveren voor wat betreft de wettelijke taakstelling. Levert zij aan derden, dan verdient het aanbeveling te kijken naar hoe dit past binnen die taakstelling. Ook moet dan binnen de grenzen van de Wet M&O worden gebleven, en mag het Waterschap geen staatssteun ontvangen. Het aanbestedingsrecht is in dit geval niet van toepassing.

Het recht schrijft niet voor, dat voor één van de in hoofdstuk 3.2 geschetste initiatieven moet worden gekozen. Wel kleven er aan de beschreven opties verschillende juridische voor- en nadelen.

9.3.2 FLEXYNET, KERSCHOTEN, ZUIDBROEK OF ZUIVERINGSSLIB

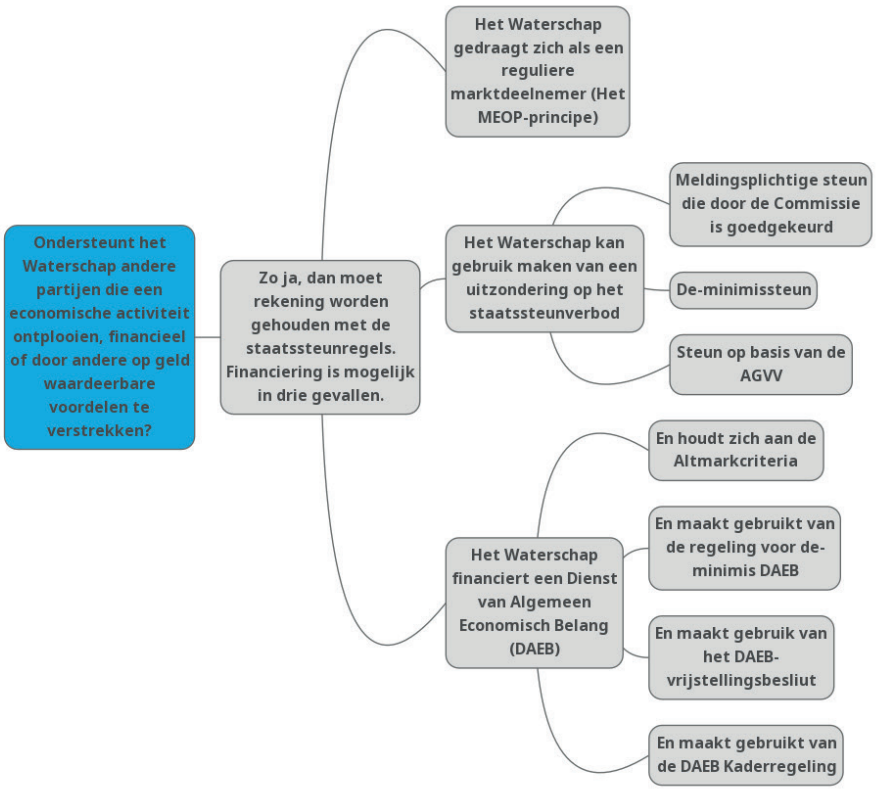
Het recht bevat geen regels, die bepalen aan welk initiatief het Waterschap de warmte uit de rwzi Apeldoorn beschikbaar moet stellen. Het recht vereist zelfs niet, dat het Waterschap daarin een actieve keuze maakt. Zij kan ook kiezen voor een wie-het-eerst-komst-wie-het-eerst-maalt benadering, waarbij initiatieven die passen binnen haar beleid op volgorde van binnenkomst toegang krijgen tot warmte, totdat de maximale capaciteit is bereikt.

Worden wel actief keuzes gemaakt, dan moeten die worden gemotiveerd.

Ook aan de verschillende initiatieven kleven vanuit juridisch oogpunt verschillende voor- en nadelen. Steeds moet worden bezien, of het Waterschap een economische activiteit ontplooit. Is dat het geval, dan zijn de regels van de Wet M&O van toepassing. Daarnaast moet worden bekeken, of het Waterschap andere partijen, die economische activiteiten ontplooien, financieel ondersteunt. Is dat het geval, dan moet rekening worden gehouden met het verbod op staatssteun. Als laatste moet worden gekeken, of het Waterschap aanbestedingsplichtige opdrachten gunt. Is dat het geval, dan moet zij de betreffende overeenkomsten aanbesteden, tenzij zij zich kan beroepen op een uitzondering op de aanbestedingsplicht.

De figuur op de volgende pagina, biedt verduidelijking:


Ontplooit het Waterschap zelf een economische activiteit?
Ontvangt het ten behoeve van die activiteit staatssteun waarop door de Commissie toezicht wordt gehouden?
Zo nee: Wet M&O van toepassing
Gedragsregels van toepassing, tenzij het Waterschap een algemeenbelangbesluit neemt
Zo ja, dan moet die steun binnen de EU-rechtelijke kaders blijven


Ondersteunt het Waterschap andere partijen die een economische activiteit ontplooien, financieel of door andere op geld waardeerbare voordelen te verstrekken?
Zo ja, dan moet rekening worden gehouden met de staatssteunregels. Financiering is mogelijk in drie gevallen.
Het Waterschap gedraagt zich als een reguliere marktdeelnemer (Het MEOP-principe)
Het Waterschap kan gebruik maken van een uitzondering op het staatssteunverbod
Meldingsplichtige steun die door de Commissie is goedgekeurd
De-minimissteun
Steun op basis van de AGVV
Het Waterschap financiert een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB)
En houdt zich aan de Altmarkcriteria
En maakt gebruikt van de regeling voor de-minimis DAEB
En maakt gebruik van het DAEB-vrijstellingsbesluit
En maakt gebruikt van de DAEB Kaderregeling


Gunt het Waterschap aanbestedingsplichtige opdrachten?
Zo ja, dan moet in principe worden aanbesteedt, maar uitzonderingen zijn mogelijk
Uitzondering bij publiek-publieke samenwerking
Uitzonderingen bij publiek-private samenwerking
Onderhandelingsprocedure zonder vooraf gaande aankondiging
Geen of geen geschikte inschrijven ontvangen
Maar één ondernemer is in staat de opdracht uit te voeren
Het gaat om een opdracht voor aanvullende werken of diensten

10

DE WARMTEWET

Wanneer overheden zich bezig houden met de levering van warmte, en in mindere mate ook wanneer zij zich bezig houden met warmteproductie, vallen zij mogelijk binnen het bereik van de Warmtewet.

10.1 TOEPASSINGSBEREIK WARMTEWET

De Warmtewet is van toepassing op de levering van *warmte* aan *gebruikers.* Een gebruiker in de zin van de Warmtewet wordt gedefinieerd als een persoon die warmte afneemt van een warmtenet en een aansluiting heeft van maximaal 100 kilowatt. De term 'persoon' is wat ongelukkig gekozen. Ook levering aan het MKB valt onder de wet. De capaciteit is doorslaggevend. Het gaat om de levering van warmte. Warmte is niet gedefinieerd, wat aanvankelijk vragen opriep over de vraag of de levering van water op lagere temperaturen wel onder de Warmtewet viel. Inmiddels is duidelijk dat ook de levering van water op lagere temperatuur dan gebruikelijk valt onder het leveren van warmte[30] Dat betekent dat een bronbeheerder die warmte ter beschikking stelt, maar zelf geen warmtewisselaar plaatst, wel degelijk producent of leverancier van warmte kan zijn als bedoeld in de Warmtewet, als hij die direct ter beschikking stelt aan kleinverbruikers.

10.2 VERGUNNINGPLICHT

Voor levering van warmte aan kleinverbruikers is op basis van artikel 9 Warmtewet een vergunning nodig van de Minister van Economische Zaken. Op de vergunningplicht geldt een aantal uitzonderingen. Er is geen vergunning vereist in de volgende gevallen:

i. *er wordt geleverd aan ten hoogste 10 verbruikers;*
ii. *er wordt per jaar niet meer dan 10.000 gigajoule warmte geleverd, dan is geen vergunning vereist;*
iii. *de warmteleverancier is verhuurder of eigenaar van het gebouw, ten behoeve waarvan warmte wordt geleverd.*

De eerste twee uitzonderingen spreken voor zich. Op basis van de derde uitzondering kan bijvoorbeeld een woningcorporatie vergunningvrij warmte leveren aan haar huurders.

Dat voor het leveren van warmte geen vergunning is vereist, betekent niet dat de leverancier geen verplichtingen heeft op basis van de Warmtewet. De leverancier moet wel melding doen bij de Autoriteit Consument en Markt,[31] en is bovendien gebonden aan de verplichtingen die gelden jegens verbruikers.

Criteria voor het verkrijgen van een vergunning

Een vergunning wordt verleend wanneer de aanvrager aantoont dat hij beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering

30 CBb 22 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:30

31 Artikel 40 Ww.

van zijn taak, en redelijkerwijs in staat kan worden geacht de verplichtingen die op hem rusten na te komen. In artikel 9 lid 4 van het Warmtebesluit worden deze eisen uitgewerkt. De aanvrager moet in elk geval:

i. *beschikken over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie en over een goede interne of externe controle hierop;*
ii. *niet in staat van faillissement verkeren, en er mag hem geen surseance van betaling zijn verleend;*
iii. *ten slotte dient de aanvrager te beschikken over een doeltreffend systeem voor de beheersing van de kwaliteit van zijn te leveren goederen en diensten.*

10.3 VERPLICHTINGEN VOOR WARMTELEVERANCIERS

De Warmtewet bevat met name verplichtingen voor warmteleveranciers, personen die zich bezig houden met de aflevering van warmte aan verbruikers. Ten overvloede: wie warmte levert, maar niet aan verbruikers als bedoeld in de Warmtewet, is geen leverancier, en hoeft niet te voldoen aan deze verplichtingen.

Betrouwbare levering van warmte

Op basis van artikel 2 Ww draagt een leverancier zorg voor een betrouwbare levering van warmte, tegen redelijke voorwaarden en met inachtneming van een goede kwaliteit van dienstverlening. De leverancier dient alles te doen wat redelijkerwijs in zijn vermogen ligt om afsluiting of onderbreking van de levering van warmte te voorkomen, of, indien dat toch gebeurt, dit zo snel mogelijk te verhelpen. Is er een ernstige storing in de levering van warmte, dan kan de leverancier verplicht zijn om zijn verbruikers te compenseren.[32]

Ter beschikking stellen van apparatuur aan verbruikers

De warmteleverancier is verantwoordelijk voor het ter beschikking stellen van een warmtewisselaar en meetapparatuur aan verbruikers.[33]

Informatieverplichtingen

Er gelden diverse informatieverplichtingen. De leverancier verstrekt verbruikers minstens eenmaal per jaar een volledige en voldoende gespecificeerde nota en, wanneer de leveringsovereenkomst wordt beëindigd, een eindnota. Prijswijzigingen en voorgenomen wijzigingen in de leveringsovereenkomst moeten naar verbruikers worden gecommuniceerd. Dat geldt ook voor voorgenomen onderhoud waarvoor de levering moet worden onderbroken. Voordat de leverancier een overeenkomst aangaat met de verbruiker, moet hij hem informatie verstrekken over de te leveren goederen en diensten en de overeengekomen kwaliteitsniveaus. Er moet in elk geval geïnformeerd worden over de minimum- en maximumtemperatuur van de te leveren warmte, de prijzen, en de leveringsvoorwaarden. De leverancier moet de verbruiker informeren over de eisen waaraan zijn binneninstallatie moet voldoen om veilig gebruik te kunnen maken van de geleverde warmte. Ook moet er een omschrijving worden gegeven van de terugbetalingsregelingen als de geleverde goederen en diensten niet aan de overeengekomen kwaliteitsniveaus voldoen.

32 Artikel 3a Ww. Dit is niet het geval voor een storing die minder dan een dag duurt, wanneer zich er het voorgaande jaar geen andere storingen hebben voorgedaan. De verplichting geldt ook niet wanneer sprake is van overmacht. De hoogte van de vergoeding wordt geregeld in artikel 4 Warmteregeling.

33 Artikel 8 Ww.

Prijsregulering

De leverancier mag verbruikers kosten in rekening brengen voor de geleverde warmte. De maximumprijs daarvoor wordt vastgesteld door de ACM. Daarnaast mogen redelijke kosten worden gerekend voor het ter beschikking stellen van een warmtewisselaar, en mogen kosten in rekening worden gebracht voor het meten van het warmteverbruik.

Non-discriminatiebeginsel

Een leverancier mag geen ongerechtvaardigd onderscheid maken tussen verbruikers.

Eisen aan de boekhouding

Verder worden de nodige eisen gesteld aan de boekhouding van warmteleveranciers. De boekhouding bevat informatie over de integrale kosten en opbrengsten die verband houden met de levering van warmte en het verrichten van de aansluiting. Ook moet een storingsregistratie worden bijgehouden, en jaarlijks worden gepubliceerd. Wordt de warmtelevering beëindigd, dan geldt op basis van artikel 12b Warmtewet een meldplicht.

Toegang tot het warmtenet

Ten slotte geldt voor zowel de leverancier als de netbeheerder een verplichting, om in overleg te treden over toegang tot het warmtenet, wanneer zich een warmteproducent aandient die daarin interesse heeft (artikel 2 lid 8).

10.4 HANDHAVING

De ACM houdt toezicht op de naleving van de Warmtewet. Wordt niet voldaan aan de verplichtingen, dan heeft de ACM twee handhavingsinstrumenten. Het gaat om het opleggen van een bindende gedragslijn en een boetebevoegdheid. Een bindende gedragslijn kan bijvoorbeeld gaan om de interpretatie van de Warmtewet. Een boete kan worden opgelegd bij overtreding van artikel 2[34], 5 eerste en vierde lid[35], 9 eerste lid[36], 13[37], 17[38] en 40[39]. De maximumboete bedraagt 900.000 euro of, als dat meer is, 1% van de omzet. Het gaat om een discretionaire bevoegdheid, die nader genormeerd wordt in de Boetebeleidsregel ACM 2014. Uit de beleidsregel blijkt, dat de ACM aanzienlijk lagere boetebedragen hanteert, variërend van 150.000 euro voor overtreding van artikel 13 en 14, tot 500.000 euro voor overtreding van artikel 5. Daarnaast kan de ACM omstandigheden meewegen die nopen tot een lagere boete, en bestaat de mogelijkheid een symbolische boete op te leggen indien daartoe aanleiding is. Over de boetebevoegdheid van artikel 18 Warmtewet is nog geen (gepubliceerde) jurisprudentie.

10.5 ALS DE WARMTEWET NIET VAN TOEPASSING IS

De levering van warmte aan grootverbruikers is ongereguleerd. Er is geen vergunning nodig. De prijs wordt niet gereguleerd. De leverancier mag voorwaarden stellen aan het gebruik van de warmte. Edoch, wanneer een overheid zich op deze markt begeeft, dan moet ze de staatssteun- en mededingingsregels en de Wet M&O respecteren.

34 Betrouwbare levering van warmte, informatieplicht jegens verbruikers, kosten die in rekening mogen worden gebracht, non-discriminatiebepaling, boekhoudkundige verplichtingen, storingsregistratie

35 Maximumprijs

36 Leveren zonder vergunning

37 Niet verstrekken van inlichtingen aan de Minister op diens verzoek.

38 Handelen in strijd met een bindende gedragslijn.

39 Het niet melden van een warmtenet.

10.6 TOEKOMSTIGE ONTWIKKELINGEN

De Warmtewet is recent, per 1 juli 2019, gewijzigd. Met de wijziging werden een aantal knelpunten opgelost die bij de evaluatie van de wet waren gesignaleerd. Ook heeft de wetgever geprobeerd de Warmtewet zo aan te passen, dat de energietransitie wordt vergemakkelijkt. Deze wijzigingen zijn in bovenstaande tekst verdisconteerd.

Het is waarschijnlijk, dat de Warmtewet in de toekomst nogmaals wordt gewijzigd. De verplichting voor netwerkbeheerders en warmteleveranciers in overleg te treden met nieuwe warmteproducenten, die via het bestaande net warmte willen leveren, garandeert nog geen toegang tot de markt voor die producenten. Omdat er veelal sprake is van integrale warmteleveranciers, die zowel de warmteproductie, -levering, als -distributie voor hun rekening maken, kan het lastig zijn voor nieuwkomers toegang tot een distributienetwerk te krijgen. Het is mogelijk dat in de toekomst het bieden van toegang verplicht wordt. Dat kan gevolgen hebben voor het verdienmodel.

Een verdergaande optie is, dat de levering van warmte en eigendom en beheer van het warmtenet van elkaar gescheiden zouden moeten zijn.[40] Dat is nu al het geval op de elektriciteitsmarkt. Een dergelijke splitsing heeft als doel, de concurrentie op de markt te vergroten, waardoor consumenten uiteindelijk betere prijzen en service ontvangen. Warmte verschilt echter op essentiële punten van elektriciteit. Omdat warmte niet over lange afstanden kan worden vervoerd, zijn de mogelijkheden voor concurrentie beperkt. De kosten voor splitsing daarentegen zijn hoog. In andere landen waar onderzoek is gedaan naar splitsing van eigendom van warmtenetten en warmtelevering, is steeds geconcludeerd dat de kosten niet tegen de baten opwegen. Dat deze maatregel daadwerkelijk zal worden ingevoerd, is daarmee onwaarschijnlijk.[41]

Willen overheden werken met een integrale warmteleverancier, dan is dat dus goed mogelijk. Distributie van warmte hoeft niet, uit zorg voor toekomstige ontwikkelingen, te worden gescheiden van de overige activiteiten.

Het verdient wel aanbeveling, rekening te houden met de mogelijkheid dat in de toekomst andere warmteproducenten moeten worden toegelaten tot een warmtenet.

40 Kamerstukken 34 723 nr 13 – Motie Yesilgöz-Zegerius/Jetten over de splitsing tussen warmteproductie en warmtetransport – Wijziging van de Warmtewet (wijzigingen naar aanleiding van de evaluatie van de Warmtewet).

41 Zie de Kamerbrief van de Minister van EZK van 13 februari 2019, https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2019/02/14/kamerbrief-over-warmtewet-2.0/kamerbrief-over-warmtewet-2.0.pdf, en Bert Tieben en Menno van Benthem, Belang bij splitsing in de warmtemarkt. Effecten van splitsing op publieke belangen in de warmtemarkt, SEO, Amsterdam 2018.

11

OMGEVINGSRECHTELIJK KADER

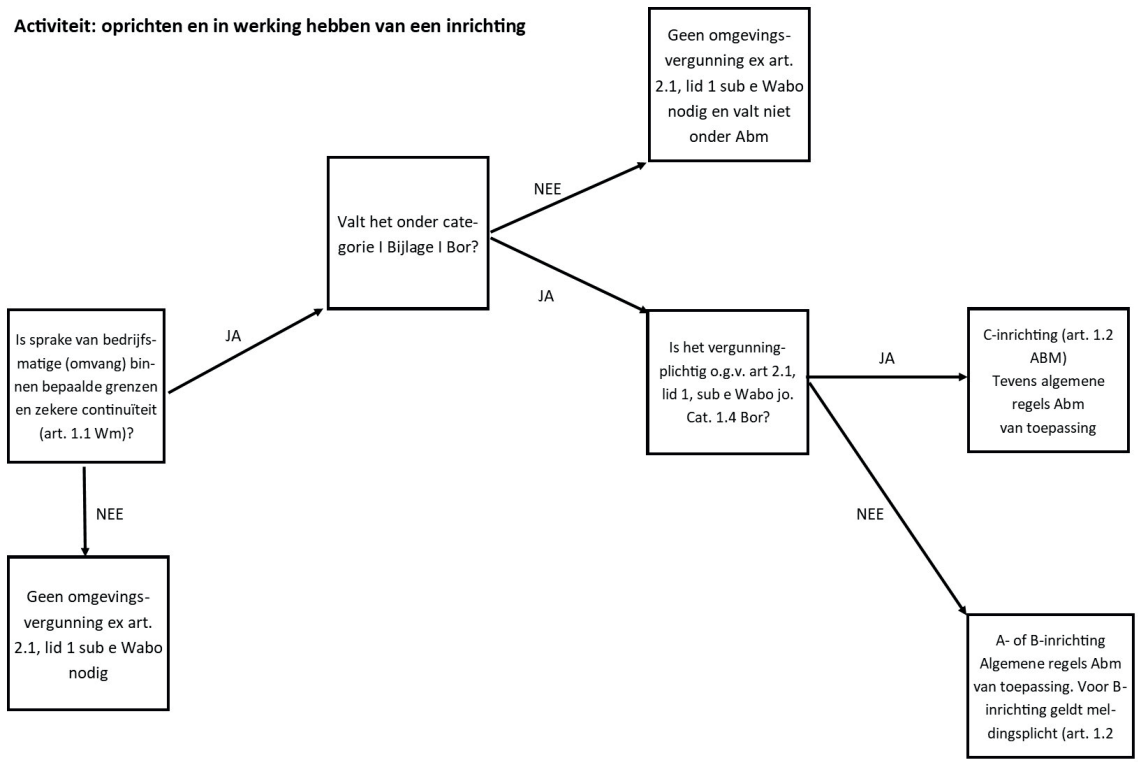
In deze paragraaf wordt het algemene omgevingsrechtelijk kader geschetst voor het oprichten en in werking hebben van aquathermie-installaties. Hierbij zij opgemerkt dat wij ons beperkt hebben tot het algemene kader en niet ingaan op regels die specifiek zijn voor een bepaalde situatie en/of locatie (bijvoorbeeld natuurbeschermingsregelgeving of bepaalde vereisten in de Keur).

Om te bezien of een omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1 Wabo vereist is, dienen de activiteiten die gepaard gaan met aquathermie afzonderlijk beschouwd worden. Bezien moet worden, of de aquathermie-installatie is aan te merken als een inrichting, of een omgevingsvergunning om te bouwen vereist is, of water wordt onttrokken aan of ingebracht in een oppervlaktelichaam, of water geloosd wordt in een oppervlaktelichaam, en of grondwater wordt onttrokken en geïnfiltreerd.

11.1 OPRICHTEN EN IN WERKING HEBBEN VAN EEN INRICHTING

Ten eerste zal beoordeeld moeten worden of de installatie aan te merken is als een inrichting of niet. Dit is niet alleen relevant voor de vraag of de oprichting omgevingsvergunningsplichtig is, maar ook om te bepalen of de algemene regels van het Activiteitenbesluit Milieu (hierna: Abm) van toepassing zijn.

FIGUUR 2 **IS SPRAKE VAN EEN INRICHTING?**



Een activiteit is een inrichting in de zin van de Wm indien het een activiteit betreft die bedrijfsmatig is, of in een daarmee vergelijkbare omvang wordt verricht (art. 1.1, eerste lid Wet milieubeheer) én als deze inrichting nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken (lid 3). Deze categorieën zijn opgesomd in het Besluit omgevingsrecht. Indien geen sprake is van een inrichting in de zin van artikel 1.1 Wm, dan zijn de algemene regels van de Abm daar in ieder geval niet op van toepassing.

Een aquathermie-installatie is niet opgenomen in de specifieke categorieën van Bijlage I, sub C Abm, maar zou wel onder de restcategorie (categorie 1) kunnen vallen. Als een inrichting wordt aangemerkt, een inrichting waar een of meer elektromotoren aanwezig zijn met een gezamenlijk vermogen van meer dan 1,5kW, waar bij de berekening van het gezamenlijk vermogen een verbrandingsmotor met een vermogen van 0,25 kW of minder buiten beschouwing blijft (bijlage 1, onderdeel C, artikel 1.1, onder a Bor; categorie 1). Elektromotoren die in een gebouw of een gedeelte van een gebouw dat voor bewoning wordt gebruikt of daartoe is bestemd, ten behoeve van dat gebouw worden aangewend blijven buiten beschouwing (bijlage 1 onderdeel C, art. 1.2, onder b Bor).

Dient de installatie voor particulier gebruik, dan is het geen inrichting en is het Abm niet van toepassing op deze installatie en is geen omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1, eerste lid, onder e Wabo nodig. Wel kan gemeente in de APV regels stellen, bijvoorbeeld t.a.v. geluid.

Het is ook mogelijk, een warmtewisselaar te plaatsen in een bestaande inrichting. Is die inrichting niet vergunningsplichtig, dan is de warmtewisselaar dat ook niet. Is er wel sprake van een vergunningplichtige inrichting, dan hoeft de plaatsing van de warmtewisselaar nog niet vergunningplichtig te zijn. Het betreft hier een C-inrichting in de zin van het Activiteitenbesluit (Abm), waarop ook sommige delen van het Activiteitenbesluit (vooral hoofdstuk 3) van toepassing zijn (zie art. 2 en art. 3 Abm). Voor zover het plaatsen van de warmtewisselaar onder die regels valt, is geen vergunning nodig, maar moet aan de regels van het Activiteitenbesluit worden voldaan (+ evt. melding), zie art. 2.1 lid 1 sub e jo. lid 3 Wabo jo. art. 2.4 lid 2 Bor. (Voor veehouderijen geldt dan niet, maar daar zal geen aquathermie worden toegepast.).

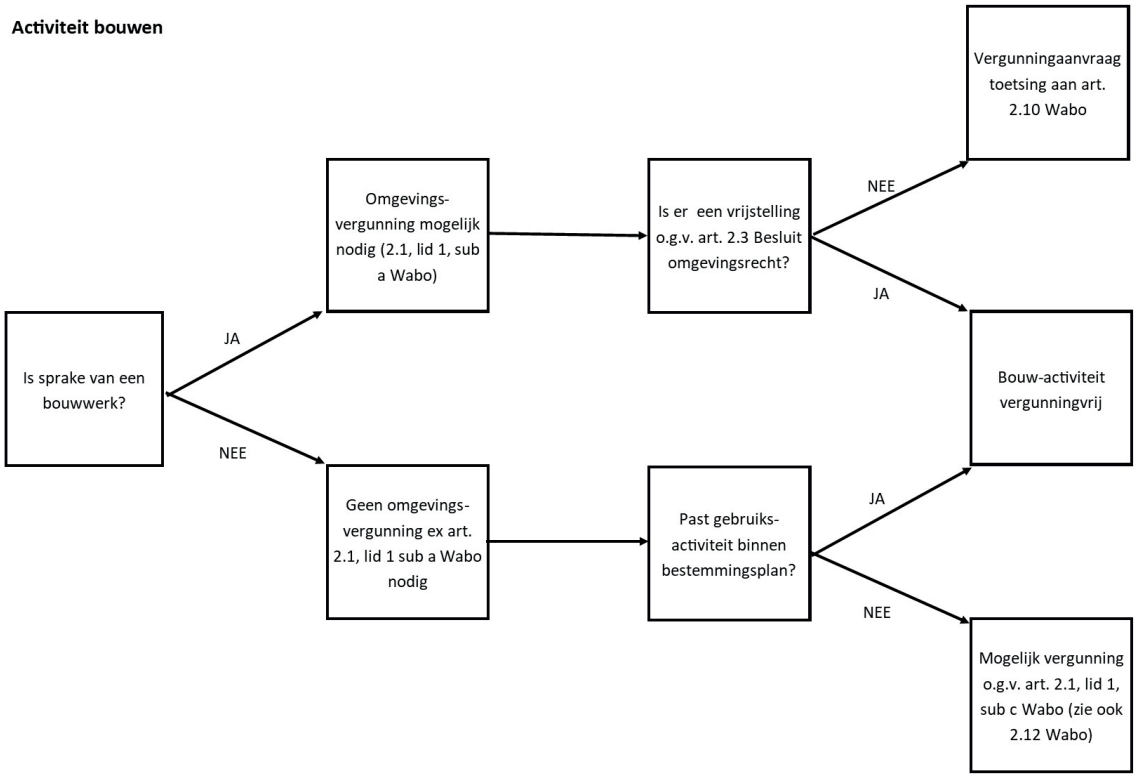
Als het plaatsen van de warmtewisselaar binnen de bestaande vergunning past, is vanzelfsprekend ook geen veranderingsvergunning nodig (art. 2.1 lid 1 sub e jo. lid 3 Wabo jo.art. 2.4 lid 1 Bor).

Als sprake is van een IPPC-inrichting, dan is voor de plaatsing van de warmtewisselaar wel een veranderingsvergunning nodig, zo volgt uit art. 2.4 lid 2 Bor.

11.2 ACTIVITEIT: BOUWEN

Naast het oprichten van een inrichting, is ook het bouwen van bouwwerken vergunningplichtig op grond van de Wabo (artikel 2.1, eerste lid onder a Wabo).

FIGUUR 3 IS EEN OMGEVINGSVERGUNNING VOOR BOUWEN VEREIST?



Een omgevingsvergunning voor bouwen is alleen vereist, wanneer een bouwwerk wordt opgericht. De Wabo definieert een 'bouwwerk' niet, maar sluit aan bij de algemene definitie volgens vaste jurisprudentie: "elke constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct hetzij indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren."[42]

Ervan uitgaande dat een warmtewisselaar of warmtepomp onderdeel uitmaakt van een aquathermie-installatie, zal deze moeten worden aangemerkt als een bouwwerk in de zin van de Wabo. Op grond van artikel 2.1, eerste lid onder a Wabo is het bouwen van een bouwwerk omgevingsvergunningsplichtig, tenzij het opgesomd is in de limitatieve lijst van vergunningsvrije bouwactiviteiten in de artikelen 2 (bouwvergunningvrij en planologisch vergunningvrij) en 3 (alleen bouwvergunningvrij, wel omgevingsvergunning ex art. 2.1 lid 1, sub c Wabo nodig) Bijlage II Bor.

Als de aquathermie-installatie een bouwwerk is, dan zal dit ook moeten voldoen aan de eisen voor bestaande bouw en nieuwbouw uit het Bouwbesluit 2012 (art. 1b Woningwet) en de bouwverordening (art. 7b Woningwet). Indien niet aan deze eisen wordt voldaan, kunnen deze bepalingen uit het Bouwbesluit rechtstreeks worden gehandhaafd. Indien het een vergunningsplichtig bouwwerk betreft, moet het bevoegd gezag ook toetsen of aannemelijk is dat het bouwwerk aan het Bouwbesluit 2012 en de bouwverordening voldoet (art. 2.10 lid 1 sub a en b Wabo). Indien de omgevingsvergunning voor bouwen uitdrukkelijk in afwijking

42 Kamerstukken II, 2006-2007, 30 844, nr. 3, p. 92.

van de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2012 wordt verleend, dan kunnen de nieuwbouweisen niet meer worden gehandhaafd, omdat daarvoor uitdrukkelijke toestemming is verleend (art. 1b lid 1 en 4 Woningwet). Van de eisen voor bestaande bouw mag echter niet worden afgeweken, ook niet als daarvoor uitdrukkelijk een omgevingsvergunning voor bouwen is verleend (art. 1b lid 2 Woningwet). De eisen van het Bouwbesluit 2012 voor bestaande bouw zijn met andere woorden minimumeisen. Als de omgevingsvergunning voor bouwen uitdrukkelijk wordt verleend in afwijking van de bepalingen uit de bouwverordening over het bouwen op verontreinigende grond, dan kunnen deze bepalingen niet meer worden gehandhaafd (art. 7b lid 1 Woningwet).

Leidingen zijn geen bouwwerken. Voor hun aanleg is geen bouwvergunning nodig.[43] Wel moet een KLIC-melding worden gedaan bij het Kadaster, en is er over het algemeen een meldplicht bij de gemeente.

Naast de vaststelling of de installatie omgevingsvergunningsplichtig is, zal tevens beoordeeld moeten worden of de aquathermie-installatie past binnen de bestemming zoals gegeven in een bestemmingsplan. Indien het bestemmingsplan het oprichten van een aquathermie-installatie ter plaatse niet toestaat, kan op grond van artikel 2.12, eerste lid onder c Wabo bij omgevingsvergunning worden afgeweken van het bestemmingsplan indien de aquathermie-installatie niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening (zie art. 2.12 lid 1 sub a Wabo). Daarnaast kan het bestemmingsplan worden herzien om de aquathermie-installatie toe te staan. In dat geval is vanzelfsprekend geen omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan meer nodig. Van belang is nog wel dat instructieregels van Rijk en provincie (zie art. 4.1 en art. 4.3 Wro) de mogelijkheden voor gemeentebesturen om aquathermie-installaties planologisch toe te staan, kunnen beperken.

Daarnaast moet ook worden getoetst aan het Bouwbesluit 2012, de gemeentelijke bouwverordening en welstand.

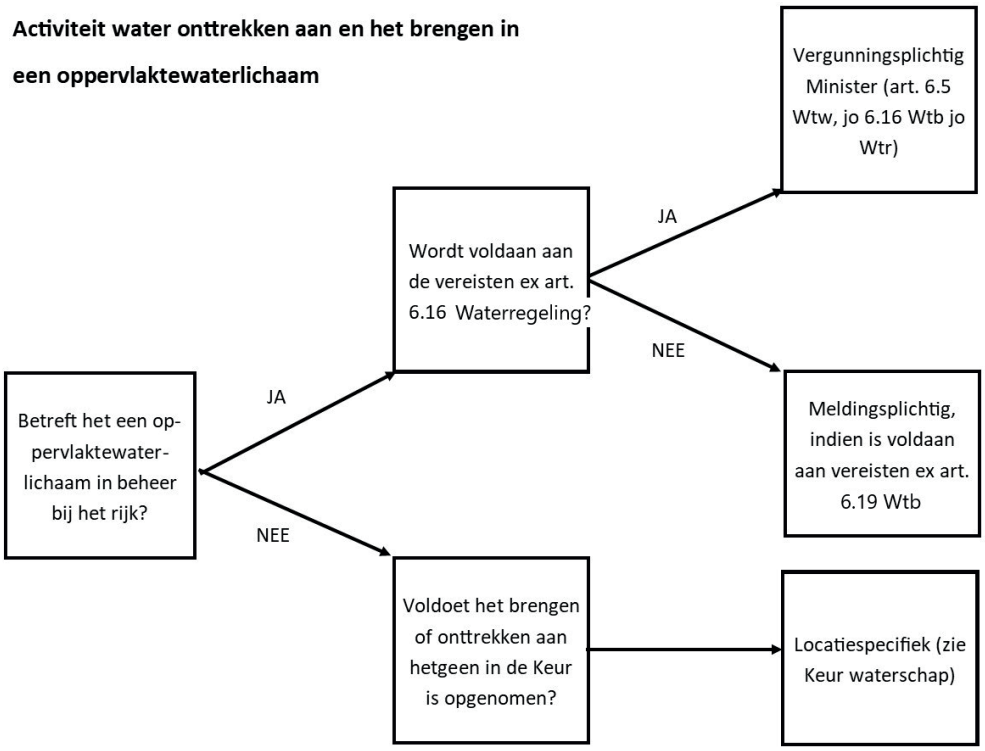
Vergunning voor het plaatsen van een warmtewisselaar in open water
Voor het plaatsen van een warmtewisselaar kan naast een omgevingsvergunning voor bouwen, ook een watervergunning vereist zijn. Dat is het geval indien deze wordt aangelegd op of in een waterstaatswerk op grond van artikel 6.5, onder c Waterwet jo. art. 6.12 Waterbesluit (gebruik waterstaatswerken).

43 Artikel 2, onderdeel 18, onder d van bijlage II bij het Besluit omgevingsrecht.

11.3 ACTIVITEIT: ONTTREKKEN VAN WATER AAN EEN OPPERVLAKTEWATERLICHAAM

Voor TEO geldt, dat warmte onttrokken wordt aan oppervlaktewater. Eén van de methoden daarvoor, is het onttrekken van water uit het oppervlaktewater. Vervolgens wordt in het aquathermiesysteem door middel van een warmtewisselaar warmte aan dat water onttrokken, waarna het uiteindelijk weer wordt teruggebracht in het oppervlaktewater. De casus Merwedekanaal laat hiervan een voorbeeld zien.

FIGUUR 4 IS EEN VERGUNNING VEREIST VOOR HET ONTTREKKEN AAN OF HET INBRENGEN VAN WATER IN EEN OPPERVLAKTEWATERLICHAAM?



Op grond van de Waterwet is het onttrekken van water aan een oppervlaktewaterlichaam vergunningsplichtig (voor rijkswateren: artikel 6.5 Waterwet, jo. 6.17 Waterbesluit jo. 6.16 en 6.17 Waterregeling). Voor rijkswateren waarvoor op grond van artikel 6.17 Waterbesluit geen watervergunning nodig is voor het onttrekken van water aan een oppervlaktewater in beheer bij het rijk, is een melding vereist (artikel 6.19 Waterbesluit).

Niet iedere onttrekking is vergunningsplichtig. Dat is alleen het geval wanneer:

i. *meer dan 100 m^3 water per uur onttrokken wordt, én*
ii. *de instroomsnelheid meer bedraagt dan 0,3 m/s; of*
iii. *de handeling plaatsvindt in samenhang met een activiteit waarvoor op grond van art. 6.2 Waterwet een vergunning is vereist (art. 6.16 Waterregeling).*

Het brengen van water in een oppervlaktewaterlichaam

Wordt water ingebracht in een oppervlaktelichaam, dan kunnen twee verschillende juridische regimes gelden, afhankelijk van de vraag of het water verontreinigd is of niet.

Water is niet verontreinigd, als er geen afvalstoffen, verontreinigende stoffen of schadelijke stoffen in het water worden aangetroffen. Het inbrengen van water dat niet verontreinigd is in een rijksoppervlaktewaterlichaam is vergunningsplichtig wanneer:

i. meer dan 5000 m^3 per uur wordt ingebracht, én
ii. de instroomsnelheid meer bedraagt dan 0,3 m/s; of
ii. de handeling plaatsvindt in samenhang met een activiteit waarop op grond van artikel 6.2 Waterwet een vergunning is vereist (zie hierboven).

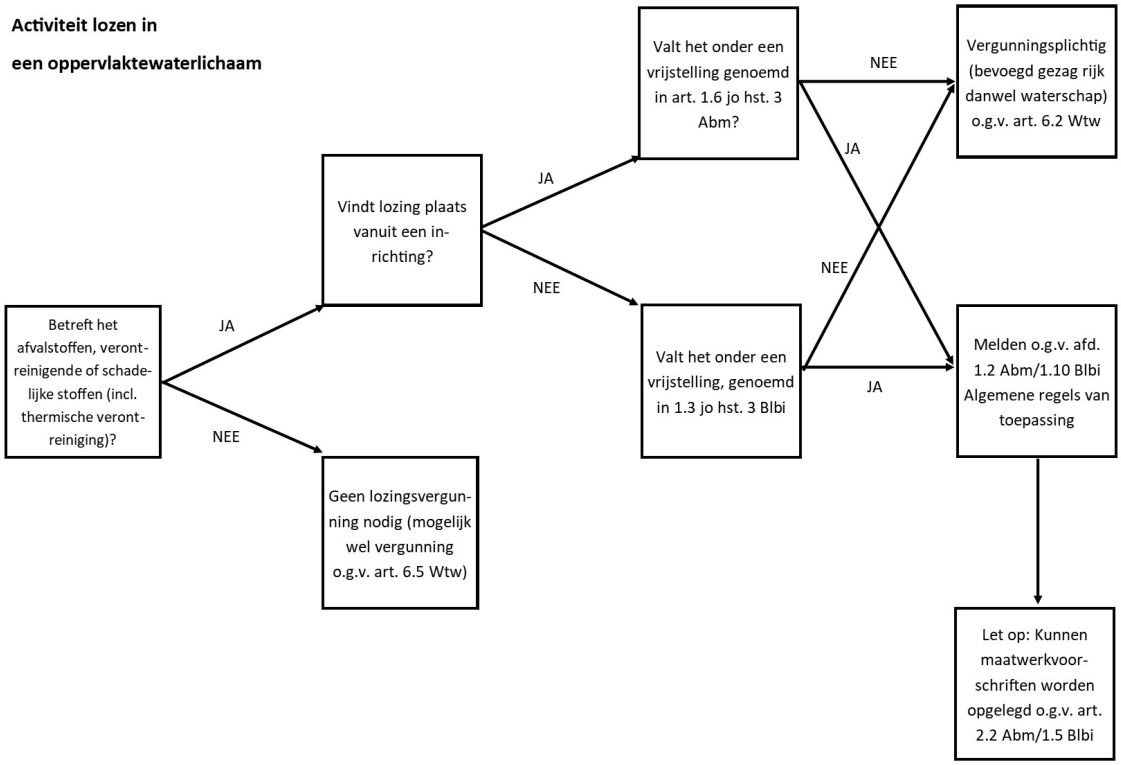
Bij met name TEO zal water dat wordt ingebracht, vaak eerder aan hetzelfde oppervlaktewater is onttrokken. Wanneer de aquathermie-installatie geen inrichting is, is dit toegestaan op basis van artikel 3.23 Blbi.

De Keur bevat ook regels en vergunningplichten met betrekking tot het brengen van water in regionale oppervlaktewaterlichamen.

Wordt water ingebracht dat wél verontreinigd is, dan spreken we van lozen. Deze activiteit wordt hieronder in paragraaf 11.4 besproken.

11.4 ACTIVITEIT: HET LOZEN VAN STOFFEN IN EEN OPPERVLAKTEWATERLICHAAM

FIGUUR 5 **IS HET LOZEN VAN VERONTREINIGD WATER VERGUNNINGPLICHTIG?**



Indien aan het gebruikte water afvalstoffen, verontreinigende of schadelijke stoffen zijn toegevoegd, dan is de lozing in beginsel watervergunningsplichtig op grond van artikel 6.2 Waterwet. Ook voor het lozen van thermisch verontreinigd water is een vergunning vereist.

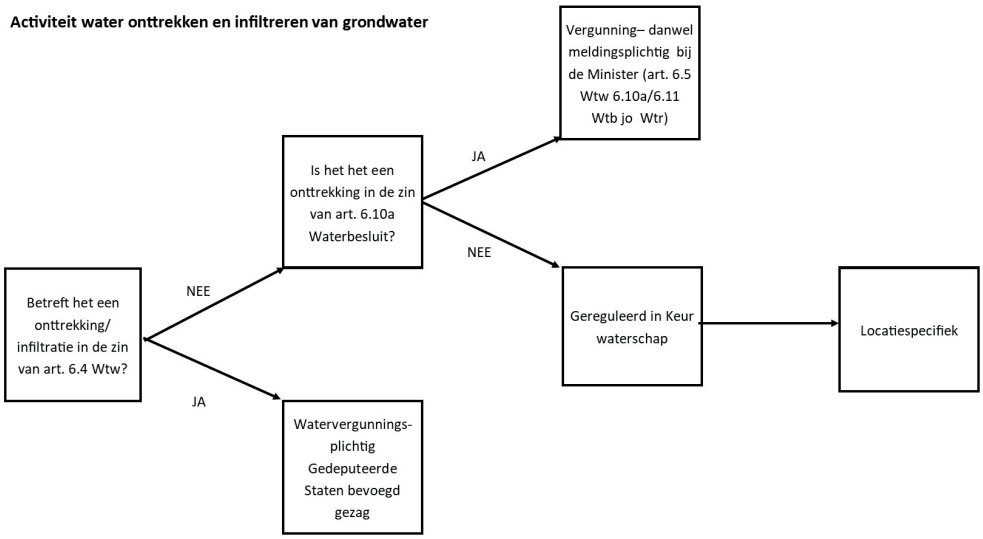
Bij de vraag of een vergunning voor het lozen van (thermisch) verontreinigd water kan worden verleend, zijn een aantal uitgangspunten leidend. Dat zijn het voorzorgprincipe, de verplichting de best beschikbare technieken toe te passen, en het stand still-beginsel, wat inhoudt dat de waterkwaliteit niet mag verslechteren. Het lozen van koud water lijkt daarmee niet problematisch: de waterkwaliteit kan daar immers door verbeteren. Het lozen van warm water is in beginsel vergunningplichtig.

Voor rijkswateren is de Minister van Infrastructuur en Waterstaat bevoegd gezag, voor regionale wateren het dagelijks bestuur van het betreffende waterschap.

11.5 ACTIVITEIT: ONTTREKKEN EN INFILTREREN VAN GRONDWATER

Wanneer een aquathermiesysteem wordt gecombineerd met een open WKO,[44] dan wordt grondwater geïnfiltreerd en op een later moment weer onttrokken om voor warmte of koeling te gebruiken. Ook hiervoor kan een vergunning verplicht zijn.

FIGUUR 6 **IS HET ONTTREKKEN EN INFILTREREN VAN GRONDWATER VERGUNNINGPLICHTIG?**



Indien voor het gebruik van de installatie grondwater onttrokken of geïnfiltreerd wordt, kan deze activiteit vergunningsplichtig zijn, indien het grote industriële onttrekkingen of infiltraties betreft (meer dan 150.000 m^3 per jaar) ten behoeve van bodemenergiesystemen (artikel 6.4 Wtw).

Voor dergelijke onttrekkingen en infiltraties zijn Gedeputeerde Staten het bevoegd gezag. Voor onttrekkingen en infiltraties die onder rijkswater plaatsvinden is de Minister bevoegd gezag (art. 6.5 Wtw, jo. 6.10a en 6.11 Wtb). Voor andere onttrekkingen en infiltraties is het bestuur van het waterschap bevoegd gezag en zijn regels hiervoor opgenomen in de Keur.

11.6 THERMIE UIT AFVALWATER EN DRINKWATER

Volgens onze informatie bestaan TEA en TED uit volkomen gesloten systemen. Indien voor deze systemen water onttrokken wordt uit een oppervlaktewaterlichaam, dan gelden dezelfde regels als hierboven reeds zijn beschreven. Bij TED worden door middel van leidingen het drinkwater – ongewijzigd – omgeleid ten behoeve van de TED. Deze leidingen dienen te voldoen aan de eisen die de Drinkwaterwet daaraan stelt en het drinkwater dat weer in de drinkwaterleiding wordt gebracht, zal ook moeten voldoen aan de normen die de Drinkwaterwet daaraan stelt.

44 In de praktijk wordt aquathermie zelden gecombineerd met gesloten bodemenergiesystemen. Mocht dat in de toekomst wel gebeuren, dan geldt het volgende: Gesloten bodemenergiesystemen van 70 Kw of meer zijn op grond van het Besluit omgevingsrecht omgevingsvergunningplichtig. Dat geldt voor gesloten bodemenergiesystemen van minder dan 70 Kw als deze worden geïnstalleerd binnen een interferentiegebied (art. 2.1, eerste lid, onder i Wabo jo. art. 2.2a, zesde lid Bor). Mocht de aquathermie-installatie worden aangesloten op een vergunningplichtig gesloten bodemenergiesysteem, dan is dat laatste in ieder geval omgevingsvergunningplichtig. De omgevingsvergunning moet worden geweigerd indien het bodemenergiesysteem zodanige interferentie kan veroorzaken met een ander bodemenergiesysteem, dat het doelmatig functioneren van een van de desbetreffende systemen kan worden geschaad dan wel anderszins sprake is van een ondoelmatig gebruik van bodemenergie (art. 5.13b lid 9 Bor).

11.7 ILLUSTRATIE AAN DE HAND VAN DE CASE STUDIES

VALKENBURG

In Valkenburg wordt een systeem ontworpen waarbij per 300 huizen een warmtepomp wordt gebouwd. Deze warmtepompen worden gecombineerd met een open WKO. Er worden dus warmtepompen gebouwd en WKO-systemen aangelegd.

Er moet bezien worden, of hier sprake is van een inrichting. Zo ja, dan is een omgevingsvergunning op basis van artikel 2:1 lid 1 onder e WABO vereist.

Ook moet bezien worden, of de aan te leggen infrastructuur kan worden gekwalificeerd als bouwwerk. Zo ja, dan is een omgevingsvergunning voor bouwen als bedoeld in artikel 2:1 lid 1 onder a vereist.

Omdat WKO-systemen worden aangelegd, moet ook bezien worden of het onttrekken en infiltreren van grondwater vergunningsplichtig is. Dat hangt af van de hoeveelheid water die per jaar wordt onttrokken dan wel geïnfiltreerd.

MERWEDEKANAAL

In het Merwedekanaal wordt oppervlaktewater onttrokken aan het Merwedekanaal. Dit wordt vervolgens ingebracht in een vijftal WKOs, de zogenoemde seizoensopslag. Er wordt ook een Technische Ruimte gebouwd, en er worden leidingen aangelegd.

Voor het onttrekken en terugbrengen van water naar het Merwedekanaal is een vergunning op basis van de Waterwet nodig. Het bevoegd gezag is Rijkswaterstaat. Voor de WKO is ook een vergunning nodig op basis van de Waterwet. Het bevoegd gezag is de provincie Utrecht.

Ook voor de aanleg van de Technische Ruimte en het leidingennetwerk, moet worden bezien of ze vergunningplicht zijn.

APELDOORN

In Apeldoorn wil Waterschap Vallei en Veluwe warmte ter beschikking stellen. Over de vormgeving van het systeem is nog weinig bekend. Dat zal afhangen van de afnemer waarmee het Waterschap uiteindelijk in zee gaat.

In elk geval moet een warmtewisselaar worden geplaatst, door het Waterschap of door een derde partij. De warmtewisselaar is waarschijnlijk een vergunningsplichtig bouwwerk. Wanneer bekend is, hoe het systeem er uit zal komen te zien, moet voor de afzonderlijke onderdelen daarvan, worden bezien welke vergunningen nodig zijn.

12

CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Uit de voorgaande hoofdstukken volgt een aantal conclusies.

1. Overheden hebben veel vrijheid
   Zij mogen zelf kiezen, in hoeverre ze een actieve rol willen spelen bij de totstandkoming van aquathermie. Zij mogen zelf kiezen, welke projecten zij willen ondersteunen, maar mogen ook een meer afwachtende houding aannemen. Bronhouders zullen hiervoor beleidskaders moeten ontwikkelen. Daarbij is het nuttig, als zij informatie hierover met elkaar uitwisselen. In een volgend project kan dit verder gefaciliteerd worden.

2. Schaarse warmte verdelen is een kwestie van kiezen
   Bronnen die geschikt zijn voor aquathermie hebben een beperkt potentieel. Het is goed mogelijk, dat er meer liefhebbers zijn om die warmte te exploiteren of af te nemen, dan kunnen worden gefaciliteerd. Bronhouders hebben dan een rol in het verdelen van de warmte.
   Ook hier geldt, dat zij veel vrijheid hebben om eigen beleid te maken. De verdeling van schaarse warmte moet wel aan een aantal randvoorwaarden voldoen. De verdelingsprocedure moet transparant zijn, en aan alle geïnteresseerden moet in beginsel de mogelijkheid geboden worden mee te dingen. Bij het vaststellen van de criteria op basis waarvan de verdeling plaatsvindt, bestaat grote vrijheid, al geldt wel een motiveringsplicht. Ook hier geldt, dat bronhouders zich zullen moeten buigen over de vraag, hoe zij schaarse warmte *willen* verdelen.

3. Overheden mogen warmte produceren, distribueren en leveren
   Overheden mogen zelf door middel van aquathermie warmte produceren. Zij mogen ook zelf deze warmte distribueren en leveren aan verbruikers. De Wet M&O verplicht hen marktconform te handelen, en verbiedt andere overheden te bevoordelen ten opzichte van private ondernemingen. Is het schenden van die regels in het algemeen belang, dat kan dat echter mogelijk gemaakt worden door een algemeenbelangbesluit.

4. Overheden hebben ruime mogelijkheden voor samenwerking met publieke partners
   Overheden hebben veel vrijheid bij het kiezen van publieke partners, met wie zij samen willen werken in het tot stand brengen van projecten. Contracteren zij met publieke partners, dan is het aanbestedingsrecht wel van toepassing. Er gelden, wanneer overheden samenwerken, echter veel uitzonderingen op de aanbestedingsplicht.

5. Overheden moeten private partners in beginsel via aanbestedingen selecteren
   Overheden moeten, wanneer zij willen samenwerken met private partijen, rekening houden met het aanbestedingsrecht. Contracteren zij met private partijen, dan zal doorgaans de overeenkomst moeten worden aanbesteed. Zij zijn dus niet vrij om samen te werken met een vertrouwde partij, tenzij ze een beroep kunnen doen op een uitzondering. Wil de overheid gebruik maken van een bestaand warmtenet, dan is er slechts één partij die daar toegang toe kan verschaffen. Een aanbesteding is dan niet nodig.

6. Overheden kunnen financieel bijdragen aan aquathermie
   Overheden hebben ruime mogelijkheden, om financieel bij te dragen aan aquathermie. Het is wel van belang, dat ze daarbij zorgvuldig naar de toepasselijke regels kijken. Daar is ondersteuning vanuit de centrale overheid bij voorzien.

7. Levering van warmte aan kleinverbruikers, is niet voor de faint of heart
   Overheden die zelf leveren aan kleinverbruikers, krijgen te maken met de Warmtewet. Omdat kleinverbruikers sterk afhankelijk zijn van hun leverancier, worden zij op diverse manieren tegen hem beschermd. Wie aan kleinverbruikers wil leveren, neemt daarmee aanzienlijke verantwoordelijkheden op zich. Is dat niet wenselijk, dan is het verstandig de levering over te laten aan een partij, die daar goed voor toegerust is.

   Let op: het 'ter beschikking stellen' van warmte of koude aan kleinverbruikers, is levering van warmte in de zin van de Warmtewet! Dat die verbruikers dan zelf een warmtewisselaar en/of warmtepomp moeten installeren, maakt dat niet anders.

8. Vergunningen zijn nodig, maar zelden een obstakel
   Voor het realiseren van een project, zijn zonder meer vergunningen nodig. Welke vergunningen dat zijn, is afhankelijk van de technische kenmerken van het project. De meeste generieke verplichtingen zullen zelden tot problemen leiden. Voor locatie specifieke regels en vergunningen ligt dat anders. Aquathermie in natuurgebieden realiseren vereist op zijn minst veel onderzoek, en verdient qua gebruiksgemak geen aanbeveling.

AANBEVELINGEN

Wanneer overheden zich beraden op aquathermie, dan wacht hen een aantal keuzes wat betreft de rol die zij zelf willen aannemen, en de partners met wie zij samen willen werken. Deze keuzes worden zelf niet door het recht genormeerd, maar hebben wel juridische consequenties.
Ter ondersteuning van het besluitvormingsproces, is hieronder een stappenplan geformuleerd.

Stappenplan Aquathermie:

1. Welke rol wil ik op mij nemen?
2. Met wie wil ik samenwerken?
3. Welk initiatief wil ik ontplooien?

Zijn deze vragen beantwoord, dan kunnen de juridische consequenties onderzocht worden. Ook hiervoor is een vragenlijst een handig hulpmiddel:

4. Ontplooi ik economische activiteiten?
5. Financier ik de ontplooiing van economische activiteiten?
6. Verleen ik aanbestedingsplichtige opdrachten?
7. Lever ik warmte aan kleinverbruikers, of produceer of distribueer ik warmte die door een derde aan kleinverbruikers wordt geleverd?
8. Welke omgevingsrechtelijke toestemmingen heb ik nodig?
   a) Is mijn installatie een inrichting?
   b) Maken 'bouwwerken' deel uit van mijn installatie?
   c) Onttrek ik oppervlaktewater, of breng ik dat in?
   d) Doe ik een lozing op oppervlaktewater?
   e) Is een WKO die grondwater infiltreert en onttrekt onderdeel van mijn installatie?

Overheden en bronbeheerders die zich willen bezighouden met aquathermie, hebben veel mogelijkheden. Het is niet eenvoudig overzicht te krijgen over de consequenties van de beschikbare keuzen. Hieronder volgt een aantal handreikingen voor wie twijfelt.

1. Kies een rol die past bij de beschikbare capaciteit. Een meer actieve rol bij het tot stand brengen van aquathermie, vereist de nodige technische, financiële en juridische expertise. Wanneer die niet in huis is, is het verstandig samenwerking te zoeken met partners die die expertise wel in huis hebben.

2. Is er een beoogde private samenwerkingspartner? Er kan aan deze partner niet zomaar een opdracht in de zin van de Aanbestedingswet worden gegund. Het onderhands gunnen van een opdracht aan een partij, zonder dat andere partijen naar die opdracht kunnen meedingen, is aan strenge voorwaarden gebonden. Onderhands gunnen is mogelijk, wanneer de opdrachtnemer de enige is die het project kan realiseren, bijvoorbeeld vanwege de innovatieve aard van het project, of omdat hij benodigde infrastructuur in handen heeft.

   Kan van deze uitzondering geen gebruik gemaakt worden, dan verdient het aanbeveling in een vrij vroeg stadium te peilen, of er ook andere partijen zijn die belangstelling hebben. Dat kan door een melding op Tendernet te zetten dat een project zal worden gegund. Daarbij moeten informatie over en wensen voor het project, zoals zij al met de beoogde partner zijn gedeeld, openbaar worden gemaakt. Andere partijen kunnen op die manieren aangeven dat zij interesse hebben. Zijn er geen geïnteresseerden, dan kan men met de beoogde partner in zee.

   Zijn die er wel, dan moet worden aanbesteed. Het is beter dat te weten, voordat door de private partner al te grote investeringen zijn gedaan in het project, of erger, tot die conclusie te komen na een rechtszaak naar aanleiding van een al gesloten overeenkomst.

   Ook wanneer de private partij via het publiekrecht wordt aangewezen, bijvoorbeeld doordat hem als enige een vergunning wordt verleend om een warmtebron te exploiteren, moet die partij op transparante wijze worden geselecteerd, en moet iedere geïnteresseerde partij in de gelegenheid worden gesteld om mee te dingen naar die vergunning.

3. Handel waar mogelijk marktconform. Dit zal lang niet altijd voldoende zijn om beleidsdoelstellingen te kunnen realiseren – de markt slaagt er immers nog niet in om veel aquathermieprojecten te realiseren – maar het is vanuit juridisch oogpunt wél een aantrekkelijke strategie. Het staatssteunrecht, de Wet M&O, en de Aanbestedingswet 2012 hebben een gemeenschappelijk doel. Zij beogen te voorkomen dat overheden marktverstorend optreden. Dergelijk optreden is in beginsel verboden, maar kan, wanneer daarmee een algemeen belang wordt gediend, vaak wel worden gerechtvaardigd. Dat vereist echter het nodige maatwerk. Wanneer marktconform wordt gehandeld, komen veel juridische complicaties niet in het spel.

4. Kijk zorgvuldig naar financiering. Wie aquathermie financieel wil stimuleren, heeft genoeg mogelijkheden. Een bijdrage van 35 miljoen euro aan een project is goed denkbaar: de Algemene Groepsvrijstellingsverordening geeft die mogelijkheid. Dergelijke maatregelen moeten wel ‘staatssteunproof’ worden gemaakt. In het algemeen geldt, dat hoe groter de bijdrage aan het project is, hoe zwaarder de procedure die daarbij moet worden gevolgd, en hoe strenger de eisen. Enige terughoudendheid is dus wenselijk.

5. Kijk of locatie specifieke vergunningen vereist zijn. Voor het realiseren van een project zullen over het algemeen vergunningen op basis van de Wabo en de Waterwet vereist zijn. Het verkrijgen van dergelijke vergunningen zal naar verwachtingen niet tot problemen leiden. Dat kan anders liggen, wanneer aquathermie wordt voorzien in een kwetsbaar gebied. Het verdient daarom aanbeveling om vroeg in het proces te kijken, naar locatie specifieke vergunningen die vereist zijn.

ONTWIKKELEN BELEIDSKADER

De juridische mogelijkheden voor bronhouders zijn ruim. Zij kunnen zelf een rol op zich nemen in de warmteketen, ze kunnen andere partijen inschakelen, of ze kunnen partijen ondersteunen die aquathermie van de grond willen krijgen. Dat betekent, dat bronhouders maar beperkt terug kunnen vallen op het wettelijk kader, wanneer zij zich afvragen wat ze met aquathermie moeten. Zij mogen immers veel.

Bronhouders staan dus voor de uitdaging beleid te ontwikkelen, over hoe zij van hun juridische mogelijkheden gebruik willen maken. Een nog te ontwikkelen handreiking van de Stowa, zou hen daarbij kunnen ondersteunen.

BIJLAGE I

AANBESTEDINGSRECHTELIJK KADER

Het juridische kader van het aanbestedingsrecht bestaat uit de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Awet 2012), de Gids Proportionaliteit 2016, de aanbestedingsrichtlijnen (2014/24/EU, 2014/23/EU en 2014/25/EU), de vrij verkeer regels uit de Europese Verdragen, en de jurisprudentie van de Nederlandse rechter en het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU).[45]

Om vast te kunnen stellen of een aanbestedingsplicht rust op de relevante contractuele overeenkomsten zijn twee vragen van belang:

I.1 Is de betrokken instantie een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf?

I.2 Wordt er een overheidsopdracht, een concessieopdracht of een speciale-sector opdracht gegund?

Als beide vragen bevestigend kunnen worden beantwoord dan is er sprake van een aanbestedingsplicht. Dit betekent dat de competitieve verplichtingen, gebaseerd op de beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit, uit de toepasselijke onderdelen van de Awet 2012 moeten worden nageleefd. Er kan dan niet rechtstreeks een opdracht gegund worden zonder een aanbesteding.

Op basis van dit kader zal getoetst moeten gaan worden of er een aanbestedingsplicht rust op de contractuele overeenkomsten, die tot doel hebben om TEO, TEA en TED tot stand te brengen, tussen de betrokken partijen. In paragrafen 2.1 en 2.2 wordt nader ingegaan op de relevante begrippen en hun reikwijdte.

Mocht een aanbesteding niet wenselijk worden geacht, dan kan de vervolgvraag zijn:

I.3 Welke uitzonderingen op de aanbestedingsplicht kunnen voor aquathermie relevant zijn, en aan welke criteria moet dan worden voldaan?

In paragraaf 2.3 worden achtereenvolgens een aantal relevante uitzonderingen besproken. Duidelijk is dat zelfvoorziening buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht valt. Er is dan geen aanbestedingsplicht. Daarnaast kunnen de geïnstitutionaliseerde uitzondering, de niet-geïnstitutionaliseerde uitzondering, de alleenrecht uitzondering en de uitzondering voor verbonden ondernemingen mogelijk ruimte bieden voor directe gunning zonder aanbesteding. De vervolgvraag is dan wat de relevante criteria van deze uitzonderingen zijn.

IS DE BETROKKEN INSTANTIE EEN AANBESTEDENDE DIENST OF EEN SPECIALE-SECTORBEDRIJF?

Aanbestedende dienst of speciale-sector bedrijf?

Voor de beoordeling van de vormgeving van aquathermie is het van belang vast te stellen of de betrokken instantie een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf is.

45 In het navolgende wordt steeds alleen verwezen naar de relevante artikelen uit de Aanbestedingswet 2012.

Artikel 1.1 Awet 2012 verstaat onder een aanbestedende dienst 'de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen'. Het begrip 'publiekrechtelijke instelling' is nader gedefinieerd in hetzelfde artikel als een 'instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan: a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of c.de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.' Duidelijk is dat de drie criteria cumulatief zijn. De drie mogelijkheden van het laatste criterium zijn alternatief. Het begrip 'publiekrechtelijke instelling' is door middel van veel jurisprudentie van het Hof van Justitie EU nader verduidelijkt. Uitgangspunt is dat dit begrip ruim moet worden uitgelegd op basis van de functie en kenmerken van de betrokken instelling.[46]

Als de betrokken instantie een aanbestedende dienst betreft dan is hoofdstuk 1 Awet 2012 van toepassing. Afhankelijk van de soort opdracht, namelijk een overheidsopdracht of een concessieopdracht, is respectievelijk hoofdstuk 2 of 2a Awet 2012 ook van toepassing.

Artikel 1.1 Awet 2012 definieert vervolgens het speciale-sectorbedrijf als 'a. een aanbestedende dienst; b. een overheidsbedrijf, c. een bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend, voorzover die dienst, dat bedrijf of die instelling een activiteit uitoefent als bedoeld in de artikelen 3.1 tot en met 3.6, tenzij de desbetreffende activiteit op grond van artikel 3.21 is uitgezonderd.'
Als de betrokken instantie een speciale-sectorbedrijf is, en er sprake is van een speciale-sectoropdracht, dan zijn hoofdstuk 1 en 3 van de Awet 2012 van toepassing.

WORDT ER EEN OVERHEIDSOPDRACHT, EEN CONCESSIEOPDRACHT OF EEN SPECIALE-SECTOR OPDRACHT GEGUND?

Artikel 1.1 Awet 2012 definieert de overheidsopdracht als 'een overheidsopdracht voor werken, een overheidsopdracht voor leveringen, een overheidsopdracht voor diensten of een raamovereenkomst.' Deze drie soorten opdrachten worden in hetzelfde artikel nader gedefinieerd. Een overheidsopdracht voor diensten is een 'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken.' Op basis van deze definities en de jurisprudentie van het HvJEU kunnen een aantal juridische criteria worden onderscheiden. Er moet sprake zijn van (1) een schriftelijke bilaterale overeenkomst, (2) wilsovereenstemming[47], (3) selectiviteit[48], (4) een uitvoeringsverplichting en een overeenkomst die in rechte kan worden afgedwongen[49], en (5) een bezwarende titel.[50] Hetzelfde artikel bevat een definitie van de speciale-sectoropdracht, die naar dezelfde criteria verwijst met uitzondering van de verwijzing naar 'speciale-sectorbedrijven' in plaats van 'aanbestedende diensten'.

46 Zie onder andere HvJEU, 17 december 1998, *Teoranta*; HvJEU, 15 januari 1998, *Mannesmann*; HvJEU, 23 februari 2003, *Truley*.

47 HvJEU, 18 november 2007, *Tragsa*, r.o. 54; HvJEU, 18 november 1999, *Teckal*, r.o. 50.

48 HvJEU, 2 juni 2016, *Dr. Falk*, r.o. 38; HvJEU, 1 maart 2018, *Tirkonnen*.

49 HvJEU, 25 maart 2010, *Helmut Müller*, r.o. 59-63.

50 HvJEU, 25 maart 2010, *Helmut Müller*, r.o. 49-53; HvJEU, 18 januari 2007, *Aroux*, r.o. 45; HvJEU, 12 juli 2001, *Scala*, r.o. 80-85.

Artikel 1.1 Awet 2012 definieert ook de concessieopdracht als 'een concessieopdracht voor diensten of een concessieopdracht voor werken'. Een concessie opdracht voor diensten is 'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.' Voor zover de definitie overeenkomt met de definitie van een 'overheidsopdracht' gelden dezelfde vereisten als hierboven beschreven. Kenmerkend verschil is dat de tegenprestatie bestaat uit het recht om een dienst te exploiteren dat eventueel gepaard kan gaan met een betaling. Verschillende uitspraken van het HvJEU hebben nader invulling gegeven aan dit vereiste.[51] *Zo is bijvoorbeeld duidelijk geworden dat het risico van de uitvoering (gedeeltelijk) moet worden overgedragen aan de ontvanger van de concessie.*[52]

Voor alle bovenstaande soorten opdrachten geldt dat voldaan moet zijn aan de Europese drempels of dat er sprake is van een grensoverschrijdende situatie, wil respectievelijk hoofdstuk 2, 2a of 3 Awet 2012 van toepassing zijn.[53] Als dat niet het geval is, dan is alleen hoofdstuk 1 Awet 2012 van toepassing.

WELKE UITZONDERINGEN OP EEN AANBESTEDINGSPLICHT KUNNEN VOOR AQUATHERMIE RELEVANT ZIJN, EN AAN WELKE CRITERIA MOET DAN WORDEN VOLDAAN?

Duidelijk is dat een aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf altijd de mogelijkheid heeft om zijn taken met eigen administratieve, technische of andere middelen uit te voeren ('zelfvoorziening').[54] Er bestaat daarnaast geen verplichting om taken uit te besteden. Zowel zelfvoorziening als de keuze om een taak uit of in te besteden vallen dus *buiten* de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. Als een aanbestedende dienst besluit om zelf een onderdeel van de aquathermie uit te voeren, dan geldt er dus geen aanbestedingsplicht.

Als er sprake is van een aanbestedingsplicht, dan kunnen de volgende uitzonderingen mogelijk relevant zijn voor aquathermie:

1. Geïnstitutionaliseerde uitzondering;
2. Niet-geïnstitutionaliseerde uitzondering;
3. Alleenrecht uitzondering;
4. Verbonden onderneming.

De voorwaarden van deze uitzonderingen worden hierna besproken. Daarnaast wordt er steeds op basis van relevante rechtsbronnen handvatten geboden voor de interpretatie van de relevante juridische criteria. Deze criteria en handvatten zijn van belang voor de rechtmatige vormgeving van aquathermie, mocht een aanbesteding niet wenselijk worden geacht.

51 HvJEU, 7 december 2000, *Telaustria*, r.o. 58; HvJEU, 10 september 2009, *Eurawasser*, r.o. 57; HvJEU, 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, r.o. 40; HvJEU, 10 maart 2011, *Passau*, r.o. 28; HvJEU, 10 november 2011, *Norma-A*, r.o. 50-55.

52 HvJEU, 10 september 2009, *Eurawasser*, r.o. 57. Uit artikel 2a.20 Awet 2012 blijkt daarnaast dat dit onderdeel van de wet niet van toepassing is 'de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater' en de 'drinkwatertoevoer aan deze netten'.

53 Over de definitie van een grensoverschrijdend belang, zie HR, 18 mei 2018, *JCDecaux*. De drempels worden tweejaarlijks vastgesteld door de Europese Commissie: Gedelegeerd verordening (EU) 2017/2365 van de Commissie van 18 december 2017 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten.

54 HvJEU, 11 januari 2005, *Stadt Halle*, r.o. 48.

1. GEÏNSTITUTIONALISEERDE UITZONDERING

Op basis van artikel 2.24a (voor overheidsopdrachten), artikel 2.a25 (voor concessieopdrachten) of artikel 3.23a (voor speciale-sectoropdrachten) Awet 2012[55] kan een aanbestedingsplichtige opdracht worden uitgezonderd als er sprake is van een gezagsverhouding tussen een aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, en een aparte rechtspersoon. Het is niet relevant of er wordt besloten om de aparte rechtspersoon op basis van het publiekrecht, zoals een gemeenschappelijke regeling o.b.v. de Wet gemeenschappelijke regelingen, of het privaatrecht, zoals een N.V. of B.V o.b.v. artikel 3:2 BW.[56]

De geïnstitutionaliseerde uitzondering, een implementatie van artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU, kent drie cumulatieve criteria:

1. De aanbestedende dienst moet toezicht houden op de aparte rechtspersoon zoals op de eigen diensten (lid 1a);
2. De gecontroleerde rechtspersoon moet 80% van zijn werkzaamheden uitvoeren ten behoeve van de controlerende aanbestedende dienst (lid 1b);
3. Er is geen sprake van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (lid 1c).

Artikel 2.24b (voor overheidsopdrachten), artikel 2a.25 (voor concessieopdrachten) en artikel 3.23b (voor speciale-sectoropdrachten) Awet 2012[57] bevat de aanvullende mogelijkheid om toezicht op een aparte rechtspersoon gezamenlijk door meerdere aanbestedende diensten uit te oefenen (het zogeheten 'gezamenlijk toezicht'). Dit betekent dat meerdere aanbestedende diensten samen een rechtspersoon oprichten en samen toezicht houden.

De criteria van artikel 2.24a en 2.24b Awet 2012 zijn een codificatie van een groot aantal uitspraken van het HvJEU, die meer inzicht bieden in de interpretatie van deze criteria.[58] Hieronder volgen enkele handvatten, volgend uit de Awet 2012 en deze uitspraken, om de drie criteria te kunnen interpreteren.

Enkele handvatten voor het toezichtscriterium:

- Toezicht moet effectief[59], en structureel en functioneel zijn; [60]
- Toezicht bestaat als er een beslissende invloed is op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon;[61]
- Toezicht kan (mede) tot stand worden gebracht door een vertegenwoordiging van de controlerende aanbestedende dienst(en) in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon. De gehanteerde besluitvormingsprocedure in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersonen is irrelevant.[62] Individuele vertegenwoordigers kunnen meerdere of zelfs alle controlerende aanbestedende diensten vertegenwoordigen; [63]

55 Alle artikelen verwijzen naar of hebben dezelfde inhoud. In het vervolg wordt alleen verwezen naar artikel 2.24a Awet 2012. De bespreking is echter even relevant voor artikelen 2a.25 en 3.23a Awet 2012.

56 MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 38.

57 Alle artikelen verwijzen naar of hebben dezelfde inhoud. In het vervolg wordt alleen verwezen naar artikel 2.24b Awet 2012. De bespreking is echter even relevant voor artikelen 2a.25 en 3.23b Awet 2012.

58 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 18 november 1999, *Teckal*); HvJ EG 11 januari 2005, *Stadt Halle*; HvJ EG 11 mei 2006, *Carbotermo*.

59 HvJ EU 29 november 2012, *Econord*.

60 HvJ EG 17 juli 2008, C-351/05.

61 Art. 2.24b lid 1(b).

62 HvJEU, 13 november 2008, *Coditel*.

63 Art. 2.24b lid 1(a). Op basis van de jurisprudentie is dit vereist ook van belang voor enkelvoudig toezicht HvJ EG 11, mei 2006, *Carbotermo*.

- Toezicht wordt versterkt wanneer de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende dienst(en);[64]
- Er is sprake van gezamenlijk toezicht als alle betrokken aanbestedende diensten deelnemen in het kapitaal en deel uitmaken van de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon.[65]

Enkele handvatten voor het activiteiten-criterium:

- Er is voldaan aan het activiteiten-criterium als meer dan 80% van de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon bestaat uit de uitvoering van opdrachten die hem door de controlerende aanbestedende dienst(en) zijn gegund;
- Het maakt niet uit of de aanbestedende dienst(en) zelf of de derden-gebruiker(s) van die activiteiten profiteert;[66]
- Ook is het niet relevant dat de aanbestedende dienst(en) of derden-gebruikers voor de diensten betalen;[67]
- Bij gezamenlijk toezicht wordt het percentage van 80% bepaald aan de hand van alle taken die de aparte rechtspersoon voor de aanbestedende diensten tezamen uitvoert.[68]

Enkele handvatten voor het privékapitaal-criterium:

- Er mag geen directe participatie van privékapitaal zijn in de gecontroleerde rechtspersoon;[69]
- Privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon is wel toegestaan ingeval dat is vereist krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Dergelijke participatie mag echter niet resulteren in controlerende of blokkerende macht en een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon.[70] In Nederland is dit momenteel *niet* mogelijk wegens de afwezigheid van dergelijke nationale wetgeving die een dergelijke participatie verplicht stelt;
- Participatie van privékapitaal in de toekomst is alleen problematisch als er een 'concreet korte termijn perspectief' van dergelijke participatie bestaat.[71]

2. NIET-GEÏNSTITUTIONALISEERDE UITZONDERING

Op basis van artikel 2.24c (voor overheidsopdrachten), artikel 2a.25 (voor concessieopdrachten) of artikel 3.23c (voor speciale-sectoropdrachten) Awet 2012[72] kan een aanbestedingsplichtige opdracht, gegund tussen aanbestedende diensten, worden uitgezonderd van een aanbestedingsplicht. Voor deze uitzondering gelden drie criteria:

1. de overheidsopdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen (lid 1);

64 Art. 2.24b lid 2(c) Awet 2012.

65 MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 40. Duidelijk is daarnaast dat er voldaan is aan art. 2.24b lid 2(a-c) dat er van gezamenlijk toezicht kan worden gesproken. Hoewel deze criteria niet staan vermeld bij enkelvoudig toezicht kan op basis van de jurisprudentie worden geconcludeerd dat de inhoud ook voor enkelvoudig toezicht van belang is. HvJ EG 11 mei 2006, *Carbotermo*.

66 MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 39.

67 HvJ EG, 11 mei 2006, *Carbotermo*.

68 MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 40.

69 HvJ EG, 11 januari 2005, *Stadt Halle*.

70 Artikel 2.24a lid 1(c) en 2.24b lid 1(c).

71 HvJ EG, 10 september 2009, *Sea Srl*.

72 Alle artikelen hebben of verwijzen naar dezelfde inhoud. In het vervolg wordt alleen verwezen naar artikel 2.24c Awet 2012. De bespreking is echter even relevant voor artikelen 2.25a en 3.23c Awet 2012.

2. de invulling van die samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang (lid 2);
3. de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen (lid 3).

De criteria van artikel 2.24c Awet 2012, een implementatie van artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU, zijn een codificatie van een aantal uitspraken van het HvJEU, die meer inzicht bieden in de interpretatie van deze criteria. Hieronder volgen enkele handvatten uit de jurisprudentie van het HvJEU en de aanbestedingsrichtlijnen, om de drie criteria te kunnen interpreteren.

Enkele handvatten voor criterium 1:

- Het HvJEU stelde eerder de eis dat er sprake dient te zijn van 'gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang, die op deze lichamen gezamenlijk rust'.[73] Een samenwerking tussen een universiteit en een gezondheidsautoriteit voldeed eerder niet aan dit criterium van het HvJEU, omdat beide instellingen *andere* taken van algemeen belang probeerden te realiseren;[74] Er is discussie over de vraag of 'de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen' meer ruimte biedt voor samenwerking;
- Er is geen definitie van het begrip 'openbare dienst', maar het is aannemelijk dat dit begrip niet verwijst naar bedrijfsvoering-ondersteunde diensten zoals schoonmaakdiensten of ICT diensten;[75]
- De bijdrage van de aanbestedende diensten in de samenwerking moet niet identiek zijn, maar kan ook 'complementair' zijn.[76]

Een enkel handvat voor criterium 2:

- Hoewel dit niet expliciet is opgenomen in artikel 2.24c Awet 2012 heeft het HvJEU bepaald dat een onderlinge vergoeding tussen deelnemende aanbestedende diensten voor de geleverde diensten enkel een vergoeding ter dekking van de kosten mag zijn.[77] Er is discussie of de preambule van Richtlijn 2014/24/EU meer ruimte biedt voor samenwerking aangezien die verwijst naar 'de samenwerking, met inbegrip van eventuele financiële overdrachten tussen de deelnemende aanbestedende diensten, dient uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang dient plaats te vinden.'[78]

Enkele handvatten voor criterium 3:

- Het is aannemelijk dat 'open markt' verwijst naar een markt waarop economische activiteiten in competitie worden aangeboden;
- Ook lijkt het aannemelijk dat het percentage van 20% verwijst naar de gezamenlijke omzet van de samenwerkende aanbestedende diensten.

73 HvJ EU, 19 december 2012, *Asl di Lecce*.
74 HvJ EU, 19 december 2012, *Asl di Lecce*.
75 HvJ EU, 13 juni 2013, *Piepenbrock*.
76 Overweging 33 van Richtlijn 2014/24/EU verduidelijkt dat de
77 HvJ EG 19 juni 2009, *Commissie/Duitsland*.
78 Overweging 33 van Richtlijn 2014/24/EU.

3. ALLEENRECHT UITZONDERING

Op basis van artikel 2.24(a) (voor overheidsopdrachten) of artikel 3.28 (voor speciale-sectoropdrachten)[79] Awet 2012 kan een aanbestedingsplichtige opdracht worden uitgezonderd van een aanbestedingsplicht als er wordt gegund aan een aanbestedende dienst met een alleenrecht. Voor deze uitzondering, een implementatie van artikel 11 Richtlijn 2014/24/EU, gelden vier criteria:

1. Het moet gaan om een opdracht voor diensten;
2. De opdracht moet worden gegund tussen aanbestedende diensten;
3. Het alleenrecht moet gevestigd zijn in 'wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen';
4. Het alleenrecht moet verenigbaar zijn met het VWEU.

Enkele handvatten voor deze uitzondering:

- Het alleenrecht en de opdracht mogen simultaan worden gegund[80];
- Over het algemeen wordt aangenomen dat vestiging van het alleenrecht via een verordening voldoende is om te voldoen aan het criterium dat het alleenrecht gevestigd moet worden in 'wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen'[81];
- De toets aan VWEU betreft een toets aan de mededingingsregels en de vrij verkeer regels[82];
- Er is discussie over de vraag of het alleenrecht ook in competitie, waarbij het gelijkheidsbeginsel en het transparantbeginsel worden gewaarborgd, moet worden verstrekt.[83]

4. VERBONDEN ONDERNEMING

Op basis van artikel 2a.21 (voor concessieopdrachten) of artikel 3.25 (voor speciale-sectoropdrachten) Awet 2012[84] kan een aanbestedingsplichtige opdracht worden uitgezonderd van een aanbestedingsplicht. Deze uitzondering betreft de gunning aan een 'verbonden onderneming'. Een opdracht kan worden gegund door een speciale-sectorbedrijf (lid 1a). Ook kan worden gegund door een gemeenschappelijke onderneming bestaande uit speciale-sectorbedrijven bij een onderneming die met een van de betrokken speciale-sectorbedrijven is verbonden, indien ten minste 80% van de gemiddelde totale omzet die de verbonden onderneming in de drie jaar voorafgaand aan het plaatsen van de opdracht heeft behaald, afkomstig is van het verrichten van dergelijke werken of diensten voor het speciale-sectorbedrijf, of aan andere ondernemingen waarmee zij is verbonden (lid 1b).

Er zijn twee mogelijkheden om te spreken van een 'verbonden onderneming':

1. Een onderneming waarvan de jaarrekening is geconsolideerd met die van het speciale-sectorbedrijf overeenkomstig de voorschriften van richtlijn 2013/34/EU (lid 4a)
2. Een onderneming waarop het speciale-sectorbedrijf direct of indirect overheersende invloed kan uitoefenen, die een overheersende invloed op het speciale-sectorbedrijf kan uitoefenen, of, die, tezamen met het speciale-sectorbedrijf, is onderworpen aan de overheersende invloed van een andere onderneming uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of op haar van toepassing zijnde voorschriften (lid 4b).

79 Beide artikelen hebben of verwijzen naar dezelfde inhoud. In het vervolg wordt alleen verwezen naar artikel 2.24(a) Awet 2012. De bespreking is echter even relevant voor artikel 3.28 Awet 2012. Zie voor een soortgelijke mogelijkheid voor concessieopdrachten: artikel 2a.14 Awet 2012.

80 HvJ EG, 10 november 1998, *BFI/Arnhem.*

81 Rechtbank Gelderland, 29 juli 2015,

82 Hof Den Haag, 15 december 2009, *AVR/Westland*.

83 HvJ EU, 3 juni 2010, *Betfair.*

84 Beide artikelen hebben of verwijzen naar dezelfde inhoud. In het vervolg wordt alleen verwezen naar artikel 2a.24 Awet 2012. De bespreking is echter even relevant voor artikel 3.25 Awet 2012.

Een enkel handvat voor deze uitzondering:

- Er is geen Europeesrechtelijke jurisprudentie over deze uitzondering. De enige Nederlandse uitspraak stelt dat het niet noodzakelijk is om de oprichtingsakte te tonen ter bewijs van de drie jaarseis uit lid 1b. Een Joint Venture Agreement (JVA) en een akte statutenwijziging, waarin verwezen wordt naar die JVA waarbij de aandeelhouders in de vennootschap tevens partij moeten zijn is voldoende.[85]

85 Hof Den Bosch, 21 augustus 2018, *Cure*.