

#INVENTARISATIE EN ONTSLUITING MBT JURIDISCHE
VRAAGSTUKKEN

INLEIDING
ONTSLUITING
PROJECTFICHES
RODE DRADEN
AANBEVELINGEN

BIJLAGE 1: LESSONS LEARNED VAN DE 29 PROJECTFICHES

BIJLAGE 2: OPENSTAANDE JURIDISCHE VRAAGSTUKKEN

COLOFON

WATERSCHAPPEN IN DE REGIONALE ENERGIESTRATEGIE

INVENTARISATIE EN ONTSLUITING
MBT JURIDISCHE VRAAGSTUKKEN



#INVENTARISATIE EN ONTSLUITING MBT JURIDISCHE VRAAGSTUKKEN

INLEIDING

Waterschappen voeren al geruime tijd projecten uit die bijdragen aan de energietransitie. Steeds meer wordt in deze projecten de samenwerking met andere partijen gezocht of worden assets ter beschikking gesteld aan derden voor opwek van duurzame energie. Met de Regionale Energie Strategie (RES) wordt dit nog belangrijker en ontstaan er ook nieuwe juridische vraagstukken. Deze juridische vraagstukken blijken in de praktijk vaak de belangrijkste belemmeringen te zijn voor de ontwikkeling van duurzame energiebronnen in (relatie tot) de waterschapstaken. Dit heeft te maken met de nieuwe rol van de waterschappen in de energietransitie en specifieke omstandigheden van het waterbeheer, dat eisen stelt aan de inpassing van opwek van duurzame energie. Daarbij zijn in elk geval juridische aspecten van aanbesteding, mededinging, staatssteun en rechtsvormen voor samenwerking aan de orde. Daarnaast zijn er specifieke juridische vragen over de inzet van de verschillende energiebronnen in het waterbeheer. Er is veel behoefte aan juridische kennis, nu de waterschappen vele energieprojecten starten en met derden gaan samenwerken. Om te voorkomen dat alle waterschappen het wiel gaan uitvinden, bundelt de Unie van Waterschappen de krachten bij de ontwikkeling en verspreiding van deze kennis en het delen van ervaring.

Deze rapportage heeft betrekking op de inventarisatie en ontsluiting van juridische vraagstukken in energieprojecten van waterschappen en/of waar waterschappen bij betrokken zijn. Hierbij is een inventarisatie gemaakt (1) van recente projecten en de juridische

vraagstukken die daarbij speelden, (2) van oudere projecten en de 'lessons learned' in dat kader en (3) van beschikbare kennisdocumenten. Deze inventarisaties hebben geleid tot rode draden/lessons learned en aanbevelingen voor vervolgonderzoek naar juridische vraagstukken. Op 8 juli 2020 zijn de resultaten gedeeld via een webinar. Het webinar terugkijken: www.uvw.nl/webinar/webinar-juridische-vraagstukken-van-energieprojecten/

ONTSLUITING

De beide overzichten met projectdocumenten en kennisdocumenten, alsook de projectfiches zijn geplaatst op een beveiligde webomgeving [sharepoint](#). De openbaar beschikbare kennisdocumenten zijn hier ook bij geplaatst. In een aantal gevallen is deze informatie opvraagbaar bij het waterschap.

PROJECTFICHES

In totaal zijn er 134 projecten geïnventariseerd, waarvan er 29 nader zijn geanalyseerd in een projectfiche. Deze projectfiches zijn verdeeld over vrijwel alle waterschappen en laten een spreiding zien over verschillende opwektechnieken, zoals aquathermie, biogas, zonopwek en windopwek. Ook is gelet op spreiding in de rol van het waterschap: faciliteren, participeren of zelf investeren. De projectfiches zijn op een beveiligde webomgeving geplaatst, die toegankelijk is voor de waterschappen¹. In de tabel zijn de projectfiches benoemd.

¹ Twee projectfiches zijn door het betreffende waterschap niet vrijgegeven, te weten #1 en #14.

#INVENTARISATIE EN ONTSLUITING MBT JURIDISCHE
VRAAGSTUKKEN

INLEIDING
ONTSLUITING
PROJECTFICHES
RODE DRADEN
AANBEVELINGEN

BIJLAGE 1: LESSONS LEARNED VAN DE 29 PROJECTFICHES

BIJLAGE 2: OPENSTAANDE JURIDISCHE VRAAGSTUKKEN

COLOFON

#	Waterschap	Project	Techniek	#	Waterschap	Project	Techniek
1	AGV	Samenwerking AEB	gas	16	WD	Spinderwind	wind
2	AGV	Nieuwe Sanitatie strandeiland	TEA	17	WF	Platform leveren/belastingtraject	divers
3	HD	Warmtestation Harnaschpolder	TEA	18	WHA	Zon op water zandwinplas	Zon op water
4	HD	Groengas Delfland	gas	19	WRIJ	Windpark Zutphen en Duiven	wind
5	HD	Samenwerking Dunea	TEO	20	WRIJ	Waterkrachtcentrale Doesburg	waterkracht
6	HDSR	TEA Utrecht	TEA	21	WSBD	Zonnepark RWZI Bath	zon
7	HHNK	Overnemen windmolens	wind	22	WSBD	Aquathermie TEO	TEO
8	HHSK	Aquathermie Rivium	TEA	23	WSHD	Samenwerking HVC	Divers
9	HR	Biogas Auto's en Zwembad	gas	24	WSRL	Smart polder Vredenburg	TEO
10	HR	Influent Velsen en Urk	TEA	25	WSRL	Burgerzonneuweide op RWZI	zon
11	HR	Aquathermie Nieuwveen	TEA	26	WV	Energiefabriek Hengelo	gas
12	HR	Aquathermie Katwijk Hoornes	TEO	27	WV	Windpark Lorentz	wind
13	NZV	Windturbines Oostpolderdijk	wind	28	WV	BECH	Gas
14	NZV	Fledderbosch	zon	29	ZZL	Windpark Hanze	wind
15	WAM	Energiefabriek Den Bosch	gas				

Afkortingen

AGV	Amstel Gooi en Vecht
HD	Delfland
HDSR	De Stichtse Rijnlanden
HHNK	Hollands Noorderkwartier
HHSK	Schieland en de Krimpenerwaard
HR	Rijnland
NZV	Noorderzijvest
WAM	Aa en Maas
WD	De Dommel

WF	Fryslân
WHA	Hunze en Aa's
WRIJ	Rijn en IJssel
WSBD	Brabantse delta
WSHD	Hollandse Delta
WSRL	Rivierenland
WV	Vechtstromen
WV	Vallei en Veluwe
ZZL	Zuiderzeeland

RODE DRADEN

In de projectfiches zijn lessons learned opgenomen. In de bijlage1 zijn de lessons learned van de projectfiches gezamenlijk opgenomen. De rode draden die uit de verzameling projecten en in het bijzonder de projectfiches zijn te halen zijn onderstaand opgenomen:

Wettelijke taak

Waterschappen hebben veel autonomie wat betreft het faciliteren van projecten en het zelf produceren van energie. Vanuit de wettelijke taak is goed te beargumenteren dat dit is toegestaan en bij de productie van energie is klimaatneutraliteit van de waterschappen de norm.

Aanbesteden

De grens tussen een te vergeven schaars recht en een opdracht/concessie voor wat betreft de samenwerking door een waterschap met een derde is dun. Bij afwezigheid van het bestaan van een concessie/opdracht kan er nog steeds sprake zijn van een schaars recht.

Het aanbesteden heeft een aantal uitzonderingen om de plicht tot aanbesteden te voorkomen/bij twijfel in te zetten. Niet aanbesteden bij publiek-publiek, inbesteden, quasi-inbesteden, maar ook vrijwillige transparantie vooraf of de optie om wel aan te besteden, maar dan met de uitzondering gunning onderhandeling zonder aankondiging (of combinaties). Let wel: deze uitzonderingen dienen beperkt uitgelegd te worden.

Een koppelkans rechtvaardigt niet de aanbestedingsplicht te negeren; juist dan zou gezocht moeten worden of de mogelijkheden van uitzonderingen zijn toe te passen. Als 'best practice' uit projecten om het onmogelijke toch mogelijk te maken, komen de 'vrijwillige transparantie vooraf' en overleg met het ministerie (evt. via de UvW) naar voren.

Het faciliteren van een hernieuwbaar energie project is niet heel snel een overheidsopdracht, maar pas wel op voor het ontstaan van een bezwarende titel. Waar begint dan ook een overheidsopdracht en waar eindigen (technische) voorwaarden voorschriften om er voor te zorgen dat het project niet negatief voor een waterschap uitpakken. De omstandigheden van het geval zijn zoals vaker bepalend.

Mededinging

Bepaal bij het faciliteren van energieprojecten of de medewerking die een waterschap verleent een economische activiteit is en wat de kosten zijn. Indien er sprake is van zo een activiteit, bereken dan alle kosten door of – als dat niet mogelijk is – ga op zoek naar een rechtvaardiging in het kader van algemeen belang.

Bepaal in alle gevallen bij leveringen/diensten aan groep ondernemers of je deze mogelijk kan bevoordelen. Zo ja, het berekenen van marktprijzen voor leveringen/diensten voorkomt problemen wat betreft ontoelaatbare staatsteun. Er zijn veel uitzonderingen op het steunverbod. De marktwaarde van warmte wordt lokaal bepaald, maar met de energietransitie kan het zijn dat het afval van gisteren de waarde van morgen is. Het is verstandig reviewclausules op te nemen inzake overeenkomsten inzake warmteleveringen en/of -diensten die een waterschap sluit, waarbij warmte initieel om niet werd geleverd.

Samenwerken

Samenwerken met derden in rechtspersonen is niet bezwaarlijk en goed te doen, maar de toezendingsplicht die waterschappen inzake het oprichten van en/of deelnemen in rechtspersonen kan een complicatie geven. Wellicht dat provinciale/gedeputeerde staten een andere mening hebben aangaande de (wenselijkheid van) marktactiviteiten dan de waterschappen. Nieuw gecreerde entiteiten zijn mogelijk ook aanbestedingsplichtig, veelal als speciale sector bedrijf.

Samenwerken met derden in één entiteit betekent ook dat een waterschap minder controle heeft op de processen binnen die entiteit dan op de eigen processen. Zo kan de entiteit een andere visie hebben over de (on)wenselijkheid om aan te besteden en de controle op de assets van de entiteit is veelal minder dan als je alles in eigen beheer doet.

Schaarsrecht

Denk bij faciliteren van aquathermie projecten en/of het ter beschikking stellen van grondposities goed na of er sprake is van een schaars publiek/privaat recht (beperkt aantal bronnen/vergunningen/posities en meerdere gegadigden).

Overig

Financiële optimalisatie is mogelijk door gebruik te maken van fiscale mogelijkheden inzake 'zelflevering', maar ook om in het voortraject van de ontwikkeling van wind/zon projecten risico te nemen. Ook de aanleg van een 'directe lijn' valt te overwegen om transportkosten te verminderen.

Een waterschap zal bij aquathermie projecten per geval dienen te bepalen of het eigendom heeft van de warmte of dat het op een andere manier wellicht gerechtigdheid is tot warmte uit de bron. Als een waterschap twijfelt of het wel de warmte juridisch kan leveren, kan het besluiten niet zelf warmte te produceren en te leveren, maar om een derde te faciliteren daarbij (middels bijvoorbeeld vergunning).

Waterschappen hebben voor zover bekend nog niet een rol gepakt als leverancier van warmte aan eindklanten. Als de visie van waterschappen is dat ook dit een rol is die gespeeld kan worden, zal in het kader van de herziening van de Warmtewet daarop geanticipeerd kunnen worden.

AANBEVELINGEN

De inventarisatie heeft geleid tot aanbeveling voor nadere uitwerking van diverse juridische vraagstukken. In onderstaande tabel zijn deze vraagstukken verkort opgenomen, in de bijlage 2 zijn de aanbevelingen uitgewerkt opgenomen.

#	openstaande juridische vraag
A	Gezamenlijk gebruik netinfra bij samenwerking met derden
B	Meerwaarde waterschap als concurrent van marktpartijen
C	Welke instrumenten heeft waterschap (nodig) in de warmtetransitie?
D	Opstellen handreiking voor samenwerking met energiecoöperaties e.d.
E	Opstellen handreiking aanbesteden
F	Nadere analyse procedure 'vrijwillige transparantie vooraf'
G	Nadere analyse voorrang geven aan energiecoöperaties
H	Is het ter beschikking stellen van grondposities een econ. activiteit?
I	De waarde van warmte en de vraag of sprake is van staatssteun
J	Optimalisatie marktconformiteit bij doorlopen vergunningtraject
K	Mitigeren (latere) problemen ten gevolge van schaarse rechten
L	Is groen gas een schaars recht en hoe dient dit verdeeld te worden?
M	Is een zonneladder voor zon-op-water nodig?
N	Op welke wijze kunnen waterschappen hun grondbeleid inrichten?

#INVENTARISATIE EN ONTSLUITING MBT JURIDISCHE
VRAAGSTUKKEN

INLEIDING
ONTSLUITING
PROJECTFICHES
RODE DRADEN
AANBEVELINGEN

BIJLAGE 1: LESSONS LEARNED VAN DE 29 PROJECTFICHES

BIJLAGE 2: OPENSTAANDE JURIDISCHE VRAAGSTUKKEN

COLOFON

BIJLAGE 1: LESSONS LEARNED VAN DE 29 PROJECTFICHES

LESSONS LEARNED – 29 PROJECTFICHES

#	Waterschap	Project	Techniek	#	Waterschap	Project	Techniek
1	AGV	Samenwerking AEB	gas	16	WD	Spinderwind	wind
2	AGV	Nieuwe Sanitatie strandeiland	TEA	17	WF	Platform leveren/belastingtraject	divers
3	HD	Warmtestation Harnaschpolder	TEA	18	WHA	Zon op water zandwinplas	Zon op water
4	HD	Groengas Delfland	gas	19	WRIJ	Windpark Zutphen en Duiven	wind
5	HD	Samenwerking Dunea (aanvragen aquathermie)	TEO	20	WRIJ	Waterkrachtcentrale Doesburg	waterkracht
6	HDSR	TEA Utrecht	TEA	21	WSBD	Zonnepark RWZI Bath	zon
7	HHNK	Overnemen windmolens	wind	22	WSBD	Aquathermie TEO	TEO
8	HHSK	Aquathermie Rivium	TEA	23	WSHD	Samenwerking HVC	Divers
9	HR	Biogas Auto's en Zwembad	gas	24	WSRL	Smart polder Vredenburg	TEO
10	HR	Influent Velsen en Urk	TEA	25	WSRL	Burgerzonneweide op RWZI	zon
11	HR	Aquathermie Nieuween	TEA	26	WV	Energiefabriek Hengelo	gas
12	HR	Aquathermie Katwijk Hoornes	TEO	27	WV	Windpark Lorentz	wind
13	NZV	Windturbines Oostpolderdijk	wind	28	WV	BECH	Gas
14	NZV	Fledderbosch	zon	29	ZZL	Windpark Hanze	wind
15	WAM	Energiefabriek Den Bosch	gas				

#1 Samenwerking AEB

Niet openbaar

#2 Nieuwe sanitatie strandeiland

- De unieke positie die waterschappen innemen als laatste schakel in de afvalwaterketen geeft hen een goede positie om – zonder daarmee de markt significant te verstoren – een grote bijdrage te leveren aan het leveren van warmte en herwinnen van grondstoffen. Dat kunnen zij doen door deze activiteiten zelf te ontplooiën en door het faciliteren van derden in dat kader.
- Als een waterschap taken onderbrengt of heeft ondergebracht bij een andere rechtsvorm, dan kan dit het gevolg hebben dat het minder te zeggen heeft over de manier waarop die taken worden uitgevoerd en over de benutting van duurzaamheidskansen (door die rechtsvorm of door het waterschap). Met deze complicatie dient rekening gehouden te worden.
- Als een waterschap faciliteert wat betreft aquathermie en/of zelf activiteiten wil ontplooiën wat betreft het herwinnen van grondstoffen of energie, mag dit niet ten koste gaan van de wettelijke taak.
- Als een waterschap een economische activiteit ontplooit, dienen de kosten die gemaakt worden doorberekend te worden in de prijs die voor die economische activiteit (bijv. het faciliteren van de warmte en/of produceren van grondstoffen en de energie) wordt gevraagd.
- Als een waterschap een derde wil faciliteren wat betreft het leveren van warmte, zal rekening gehouden moeten worden dat het recht op warmte schaars kan zijn. Ook zal voor het recht op warmte waar nodig een marktconform bedrag betaald moet worden door de derde om te voorkomen dat er sprake is van verboden staatssteun.

#3 Warmtestation Harnaspolder

- Als een AWZI dicht bij een nieuwe te realiseren woonwijk ligt, zijn er koppelkansen om de warmtebronnen van een waterschap tegen beperkte investeringen te benutten om in te voeden op het voor die woonwijk aan te leggen warmtenet. Effluent kan als warmtebron voor dit net dienen.

- Indien effluent aan een derde wordt geleverd opdat die derde daar warmte aan kan onttrekken, waarna de derde vervolgens het (afgekoelde) effluent weer terug levert aan het waterschap die het effluent vervolgens loost, kan dit plaats vinden zonder negatieve effecten voor de zuiverings- en waterkwaliteit taak van een waterschap.
- Het ter beschikking stellen van effluent als warmtebron is geen aanbestedingsplichtige opdracht of concessie als het waterschap en de derde (die het effluent afneemt) enkel afdwingbare verplichtingen overeenkomen die technisch en/of publiekrechtelijke noodzakelijk zijn.
- Als het ter beschikking stellen van effluent een economische activiteit is, zal een waterschap alle gemaakte kosten voor het leveren van de warmte(bron) aan de afnemer (onder andere: elektriciteit, personeel, materiaal en onderhoud) in rekening brengen om niet in de knel te komen met de Wet Markt en Overheid. In het geval 'warmte' een marktwaarde krijgt moet ook deze waarde in rekening gebracht. Anders is er sprake van verboden staatssteun, tenzij het waterschap gebruik maakt van vrijstellingen voor dat verbod.

#4 Groengas Delfland

- Het opwerken van biogas uit slib tot groengas kan waterschappen veel financieel voordeel opleveren en draagt daarnaast bij aan het verduurzamen van Nederland. Dit past ook binnen de waterschapstaken omdat een waterschap energie mag produceren en omdat geen van de waterschapstaken negatief beïnvloed wordt door het opwerken van het biogas. Daarnaast wordt op deze manier publiek geld beter besteed omdat er sprake is van hetzelfde 'eindresultaat' (een kwalitatief goed zuiveringsproces) tegen minder kosten.
- Het Hoogheemraadschap heeft de werken niet Europees hoeven aanbesteden omdat de werken verspreid over verschillende jaren zijn geïnstalleerd. Daarmee kwamen de individuele waardes van de werken niet boven het Europese drempelbedrag uit.
- Door groen gas aan de markt te leveren en de HBE's op de daarvoor bestemde markt te verkopen is er geen sprake van

staatssteun; de markt bepaalt de prijs die het Hoogheemraadschap ontvangt voor het leveren van het groen gas en de HBE's.

#5 Samenwerking Dunea

- Waterschappen kunnen in samenwerking met drinkwaterbedrijven de afhandeling van het (toenemende) aantal aanvragen voor aquathermische projecten oppakken. Dit leidt tot meer duidelijkheid voor de aanvragers omdat waterschappen en drinkwaterbedrijven de partijen zijn die een verantwoordelijkheid (als bronbeheerders) hebben voor het water (en de warmte daarin). Voor een waterschap verlaagt dit de administratieve lasten, en versnelt dit het proces van schifting tussen kansrijke en minder kansrijke projectaanvragen.
- Als een waterschap besluit om aquathermie te faciliteren door grondposities ter beschikking te stellen zal er rekening gehouden moeten worden dat dit tegen marktconforme condities dient te geschieden om zodoende geen verboden staatssteun te verstrekken. Zowel bij het vergeven van grondposities als ook bij het verlenen van vergunningen zal nagegaan moeten worden of die (publieke en/of private) rechten niet potentieel schaars zijn. Als dat het geval is en er is meer vraag naar die rechten dan aanbod, dan zouden die schaarse rechten mogelijk in concurrentie en transparantie vergeven moeten worden.
- Op het moment dat de samenwerking van een waterschap met een drinkwaterbedrijf verder gaat dan het stroomlijnen van de aanvragen (door bijvoorbeeld aquathermie projecten gezamenlijk te ontwikkelen), dient een waterschap zich te vergewissen of het aanbestedingsrecht dan wel het leerstuk van schaarse (private en/of publieke) rechten zo een samenwerking niet onmogelijk maakt zonder aanbesteding vooraf voor dit recht om samen te werken. Ook spelen dan mededingingsvragen een rol.

#6 TEA Utrecht

- TEA Utrecht Overvecht laat zien dat waterschappen de mogelijkheid hebben om met marktpartijen samen te werken zonder een aanbestedingsprocedure te volgen wat betreft het leveren van het recht om warmte uit het effluent te gebruiken. Algemene lijn is dat

indien er geen juridisch afdwingbare verplichting wordt bedongen om een project (op een bepaalde wijze) te realiseren of te exploiteren, er geen sprake is van een aanbestedingsplichtige (concessie)opdracht. Het nadeel van een dergelijke constructie kan zijn dat een waterschap een deel van de regie uit handen geeft. Er is immers geen garantie dat een project daadwerkelijk wordt gerealiseerd en er kunnen geen privaatrechtelijke eisen worden gesteld aan de uitvoering van het project.

- Tevens blijkt uit dit project dat staatssteun geen struikelblok hoeft te zijn bij de realisatie van duurzaamheidsprojecten. Indien er marktconform wordt gehandeld, is er geen sprake van een verboden steunmaatregel. Als er wel sprake is van een steunmaatregel, betekent dat niet altijd dat die steunmaatregel ontoelaatbaar is. De Algemene Groepsvrijstellingsverordening kent diverse categorieën steunmaatregelen die toelaatbaar zijn.

#7 Overnemen windturbines

- Het is lastig om als waterschap aan windprojecten, die reeds vergaand in ontwikkeling zijn, deel te nemen en om het dan zo te structuren dat een waterschap daadwerkelijk en binnen de grenzen van de wet, kan bijdragen aan het verduurzamen van de eigen zuiveringstaak. Er zijn voorts blokkades vanuit het aanbestedingsrecht als het één en ander al wel binnen de wettelijke taak past. Het is voor een waterschap aan te bevelen om reeds in de haalbaarheidsfase van een windproject betrokken te zijn bij dat windproject.
- Participatie van een waterschap als lid in een energiecoöperatie met daaraan gekoppeld afspraken over rechten om elektriciteit en GVO's te verkrijgen lijken niet haalbaar. Participatie kan beter gezocht worden in samenwerking met een coöperatie in een (aparte en zelfstandige) nieuwe entiteit.
- Samenwerking met een derde om (samen) een windproject vorm te geven kan mogelijk een aanbestedingsplichtige opdracht en/of een schaars recht zijn. Om complicaties in het vervolgtraject te voorkomen kan het verstandig zijn een voornemen tot samenwerking snel publiekelijk kenbaar te maken. Daarbij kan gedacht worden aan de procedure van vrijwillige transparantie.

#8 Aquathermie Rivium

Vanwege nieuwe ontwikkelingen wordt verwezen naar de contactpersonen van het Hoogheemraadschap.

#9 Biogas Auto's en Zwembad

- Biogas uit slib kan gebruikt worden om een divers palet aan initiatieven van dit biogas te voorzien. De samenwerking waarbij het biogas aan één partij wordt geleverd, zoals een gemeente, maakt de levering van biogas makkelijker.
- Slib is een bij/eindproduct van het zuiveringsproces, uit het slib wordt gas verwekt; het leveren van biogas heeft dus geen negatieve effecten op de primaire taken van de waterschappen. De omvang van de levering van de hoeveelheid van biogas die een waterschap aan de markt levert (en/of de CO₂-besparingen die met die levering van biogas wordt behaald) wordt begrensd door de hoeveel energie/CO₂-besparingen die een waterschap nodig heeft om energieneutraal en klimaatneutraal te worden.
- Als de partij waaraan biogas wordt geleverd een onderneming is, moet rekening gehouden worden met staatssteunregels. Ondernemingen in dat kader zijn entiteiten die economische activiteiten verrichten. Door marktconforme prijzen in rekening te brengen voor biogas, levert een waterschap nooit staatssteun.
- Als er geen marktconforme prijs in rekening wordt gebracht, kan er sprake zijn van staatsteun maar zou dit nog steeds rechtmatig zijn als een geslaagd beroep mogelijk is op een vrijstelling voor wat betreft het verbod op staatsteun. Die vrijstellingen zijn er bijvoorbeeld in het kader van onderzoek en ontwikkeling of als er sprake is van een dienst van algemeen economisch belang. Bij een pilot inzake rijden op groen gas als ook bij de levering aan een (openbaar) zwembad zou gebruik gemaakt kunnen worden van deze vrijstellingen.
- Of de levering van biogas door een waterschap een economische activiteit is van een waterschap en wat de waarde van het biogas is, wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Als de levering niet in concurrentie met derden wordt aangeboden, is het mogelijk geen economische activiteit en is de Wet Markt en Overheid niet van toepassing. In dat geval zou een waterschap de

gemaakte kosten ten gevolge van het project niet hoeven door te berekenen.

#10 Influent Velsen en Urk

- Er zijn specifieke technische aspecten inzake de veiligheid en integriteit van het zuiveringsproces waar rekening mee gehouden moet worden wanneer er thermische energie uit afvalwater vanuit de influentpersleiding opgewekt wordt². Een waterschap wil de regie houden over de benodigde werken (die de derde die de warmte wint bekostigt). Daarmee borgt een waterschap dat het project niet ten koste gaat van de wettelijke taak. Als een waterschap een derde faciliteert wat betreft aquathermie, meer specifiek riothermie, is dit dus in principe goed te verenigen met de wettelijke taak.
- Het nemen van de regie betekent geenszins dat dit altijd een aanbestedingsplichtige opdracht is of wordt, ook al omdat het voeren van de regie veelal niet gericht is op een economische activiteit van een waterschap maar enkel de veiligheid en integriteit van haar zuiveringsproces dient.
- Staatssteun kan ook bestaan uit het niet in rekening brengen van kosten die een waterschap maakt inzake een project. Waterschappen kunnen als ze geen kosten in rekening brengen gebruik maken van (algemene groeps)vrijstellingen wat betreft het verbod op het verlenen van staatssteun wanneer zij innovatieve projecten (onder andere) op het gebied van aquathermie, ondernemen.
- Ook is steun toegestaan als het steunbedrag per drie jaar lager is dan €200.000. Als echter het faciliteren van riothermie wordt gezien als een economische activiteit (hetgeen betwijfeld kan worden), dan zal een waterschap ondanks de 'de-minimis' steun wel de integrale kosten moeten doorberekenen aan de partij die het faciliteert.
- Het leerstuk van schaarse rechten is de afgelopen jaren pas actueel geworden en is nog niet uitgekristalliseerd. Dat moet meegenomen worden indien vanuit het huidige juridische kader wordt gekeken naar projecten waarbij aquathermie wordt gefaciliteerd die voor 2016 zijn gestart met de realisatie.

² Een ander woord voor deze opwekking is overigens riothermie.

#11 Aquathermie Nieuwveen

- Mogelijk dat het onttrekken van warmte uit effluent in de zomer een positieve bijdrage levert aan de waterkwaliteit van het oppervlaktewater waarop het effluent geloosd wordt. De aanname is dat door de lagere temperatuur wanneer het effluent geloosd wordt, er minder snel zuurstofarmoede en algenbloei op treden. Met een pilot-project wil het Hoogheemraadschap bewijs vinden voor de juistheid van die aanname.
- Indien een waterschap een gemeente faciliteert door effluent als warmtebron ter beschikking te stellen, kan er sprake van zijn dat de gemeente (die de warmte nuttig aanwendt) noch het Hoogheemraadschap een economische activiteit uitoefent. De omstandigheden van het geval zijn bepalend bij de afwegingen die in dat kader gemaakt worden; bijvoorbeeld of er sprake is van een pilot-project of dat de gemeente met de warmte niet concurreert met de markt. Door wel te voorzien in mogelijkheden om de prijs van de warmte te herzien, voorkomt een waterschap dat op een later moment – als er wel sprake is van een economische activiteit – er sprake kan zijn van verboden staatsteun.

#12 Aquathermie Katwijk Hoornes

- Wanneer een waterschap faciliteert wat betreft TEO en/of zelf activiteiten wil ontplooiën wat betreft het winnen en leveren van warmte uit oppervlaktewater, is dit in principe goed te verenigen met de wettelijke taak, zolang dit maar niet ten koste gaat van die wettelijke taak. Zelfs als een waterschap meer energie (uit oppervlaktewater of anderszins) produceert dan dat het waterschap zelf verbruikt, is dit goed te verenigen met die wettelijke taak. Klimaatneutraliteit van het waterschap is dan de uiterste grens die geldt voor wat betreft de hoeveelheid te produceren energie.
- Als een waterschap TEO faciliteert, moet het in zijn algemeenheid er rekening mee houden dat tenminste alle kosten die samenhangen met het ter beschikking stellen van de bron van warmte (de integrale kosten, zogezegd) in rekening gebracht moeten worden. Verstandig is om als het kan de marktprijs van dit recht – als die hoger is dan de integrale kosten – te berekenen. Als een waterschap inzake TEO niet samenwerkt met een bedrijf of overheids-

bedrijf, maar met een andere overheid (en ook een eventueel overheidsbedrijf van die overheid niet wordt bevoordeeld door die samenwerking), dan geldt deze regel niet.

- Als een waterschap voor zichzelf een rol denkt te zien om zelf warmte op te wekken en te leveren (in samenwerking met een gemeente of alleen), zal eerst vastgesteld moeten worden of deze taak niet beter overgelaten kan worden aan de markt. Als men er toch voor kiest om het niet aan de markt over te laten, dan zullen op zijn minst de integrale kosten in de prijs van de warmte moeten worden doorberekend. Ook hierbij geldt weer dat deze regel niet geldt als een waterschap inzake TEO samenwerkt met een andere overheid (en er geen bevoordeling van overheidsbedrijven van die overheid aan de orde is).
- Het faciliteren van derden wat betreft aquathermie kan een schaars recht zijn, maar alleen als er meerdere gegadigden zijn voor de warmte uit de bron en er ook sprake is van schaarse wat betreft de fysieke dan wel publiekrechtelijke (vergunningen) ruimte om de warmte te winnen uit het oppervlaktewater. Er is in algemeenheid geen sprake van het vergeven van een schaars recht als een waterschap zelf besluit om warmte uit oppervlaktewater (waarvan het bronhouder is) te gaan winnen en leveren.
- Een (theoretische) juridische discussie kan gevoerd worden of een waterschap wel gerechtigd kan zijn tot warmte die uit oppervlaktewater kan worden gewonnen, omdat het oppervlaktewater van niemand is. Als een waterschap van mening is – als het zelf warmte zou willen winnen en leveren – dat hierdoor er (een meer dan hypothetisch) risico bestaat dat de warmte uit dat oppervlaktewater niet juridisch geleverd kan worden aan derden, kan de keuze gemaakt worden om enkel de bron waaruit de warmte gewonnen kan worden ter beschikking te stellen aan een derde. De derde die dan die warmte wint, loopt dan dit risico.

#13 Windpark Oostpolderdijk

- Het ter beschikking stellen van een grondpositie is geen overheidsopdracht/concessie voor werken, als een waterschap maar geen juridische afdwingbare verplichtingen opneemt die verder gaan dan wat vanuit de techniek, veiligheid of publiekrechtelijk kan

worden gevraagd. Met andere woorden: puur het beschikbaar stellen van een grondpositie tegen een marktconform tarief zonder dat daarbij afspraken worden gemaakt over afname van elektriciteit, GVO's, etcetera levert geen aanbestedingsplichtige opdracht op. Door geen bouwplicht op te leggen aan de initiatiefnemer, kan ook worden voorkomen dat er een overheidsopdracht ontstaat.

- Het vergeven van een grondpositie voor de economische activiteiten van derden moet geschieden op basis van een marktconform tarief omdat er anders sprake kan zijn van verboden staatssteun. Het ECN kan een indicatie geven van wat dat marktconforme tarief zou kunnen zijn voor grondposities voor windturbines. Door een marktconform tarief in rekening te brengen wordt meestentijds ook voorkomen dat in strijd met de Wet Markt en Overheid wordt gehandeld.
- Het Waterschap ziet een goede les voor zichzelf, maar mogelijk ook voor andere waterschappen in het 'op orde hebben van' het grondbeleid. Grondbeleid geeft inzicht in de wijze waarop met de uitgifte van grondposities wordt omgegaan, hoe het Waterschap met zijn eigendommen omgaat, zoals in het onderhavige geval. Grondbeleid biedt bovenal transparantie. Voor zowel het waterschap, als voor derden is duidelijk hoe het waterschap in dergelijke gevallen handelt.
- Het waterschap adviseert ook om met meer aandacht dan gebruikelijk het Algemeen Bestuur mee te nemen in dergelijke projecten. Er bestaat veel beeldvorming over de bouw van windturbines die niet per se correct is. Als ambtelijke organisatie krijg je desondanks wel met deze beeldvorming te maken. Een kortere lijn dan gebruikelijk met het Algemeen Bestuur kan verkeerde beeldvorming voorkomen.
- Nauw contact met de provincie kan bijzonder handig zijn. De provincie kan veel vragen die buiten de verantwoordelijkheid van het waterschap (qua waterschapstaak) zoals Unesco, vogelbeleid etc. beantwoorden. Ondanks dat het waterschap namelijk geen verantwoordelijk bestuursorgaan is vanuit zijn waterschapstaak, wil het als grondeigenaar wel een standpunt innemen over deze zaken. Dit is niet zo zeer een wettelijke verplichting, maar meer een optimale invulling van een bovenwettelijke taak.

#14 Fledderbosch

Niet openbaar

#15 Energiefabriek Den Bosch

- Dit project laat zien dat de interpretatie van de wettelijke taakomschrijving van waterschappen mee verandert met het maatschappelijke en politieke klimaat. Hoewel de wettelijke definitiebepaling ongewijzigd is gebleven, hebben waterschappen in de loop van de tijd meer ruimte gekregen om bij te dragen aan duurzaamheidsprojecten dan uit verouderde interpretaties van de wettelijke taken voortvloeit. Ten tijde van de ontwikkeling van dit project was er discussie of de levering van energie aan derden was toegestaan. Inmiddels is de stellingname dat levering van energie aan derden niet zou passen binnen de wettelijke taak van een waterschap ingehaald door de realiteit.
- Tevens blijkt uit dit project dat aanbestedingswetgeving een belemmering kan zijn bij het contracteren met lokale partijen, zelfs in het geval deze lokale partijen de enige logische partner zijn.
- Zowel met betrekking tot de wettelijke taak als het aanbestedingsrecht heeft het waterschap een risicoanalyse gemaakt en durf getoond. Dit heeft een duurzamere regio en netto financiële winst voor alle partijen als resultaat gehad zonder dat is gebleken dat derde partijen zich door deze werkwijze benadeeld zijn of zich benadeeld hebben gevoeld.

#16 Spinderwind

- Waterschappen kunnen een faciliterende rol spelen in de energietransitie door hun grond ter beschikking te stellen aan derden ten behoeve van de ontwikkeling van windenergie. Indien er geen aanvullende eisen worden gesteld en/of een waterschap geen economisch belang heeft bij de realisatie of exploitatie van een windenergie, is het aanbestedingsrecht niet van toepassing.
- Door het volgen van een openbare biedingsprocedure of de waarde van de grondpositie onafhankelijk te laten taxateren, kan het risico op verboden staatssteun worden voorkomen.
- Als een waterschap meerdere gegadigden heeft voor (de) grondpositie(s), kan het verstandig zijn het ontwikkelrecht aan te besteden.

- Indien een waterschap een eis stelt dat de ontwikkelaar die op grond van het waterschap ontwikkelt een energie-coöperatie dient te zijn (los van de vraag of er nu meerdere gegadigden zijn voor de grondpositie of niet), kan het verstandig zijn – om daarmee strijdigheid met het aanbestedingsrecht of het leerstuk van schaarse rechten zoveel mogelijk te voorkomen – om de procedure van vrijwillige transparantie vooraf toe te passen.

#17 Platform leveren/belastingtraject

- Waterschappen zouden mogelijk minder energie- en omzetbelasting en opslag duurzame energie (ODE) hoeven te betalen in het geval zij zelf duurzame elektriciteit opwekken en zij deze 'eigen elektriciteit' via een zogenaamd 'virtueel leveringsplatform' aan zichzelf zouden terug leveren. De Belastingdienst dient hier wel (per geval) goedkeuring voor te verlenen.

#18 Zon op water zandwinplas

- Het toepassen van zon op water is een relatief nieuwe ontwikkeling. Dit draagt nieuwe vragen aan voor waterschappen, met name op het gebied van hun vergunningverlenende taak en het veilig stellen van / beschermen van: 1. water(door)voerendheid / beheer en onderhoud; 2. de waterkwaliteit/ aquatische ecologie/ waterdieren; en 3. ruimtelijke/ landschappelijke beeldkwaliteit, mede in relatie tot de (betere) alternatieven (met meer voordelen en minder nadelen) op (verhard of bebouwd) land.

#19 Windpark Zutphen en Duiven

- Het Waterschap Rijn en IJssel (hierna: Waterschap) heeft binnen het huidige wettelijk kader de ruimte om zelf te investeren in een windpark. Indien de elektriciteit wordt opgewekt om daarmee energieneutraliteit te bewerkstelligen aangaande het verbruik van RWZI's, past het realiseren van het windpark bij de (zuiverings)taak en kan dit gefinancierd worden vanuit de (zuiverings)heffingen. De grens voor wat betreft het produceren van elektriciteit wordt gevormd door de klimaatneutraliteit van het waterschap. Eigen geproduceerde duurzame elektriciteit kan niet alleen gebruikt worden in het kader van energieneutraliteit, maar ook om de

CO2-emissies van een waterschap te compenseren.

- Indien een waterschap een vennootschap opricht om energie te produceren en op het net in te voeden, en er wordt voldaan aan de voorwaarden van quasi-inbesteding, is een concessie, werk of dienst die door het waterschap aan de vennootschap wordt vergeven niet aanbestedingsplichtig. De aanbestedingswet is vervolgens niet van toepassing op die vennootschap omdat die entiteit weliswaar een overheidsbedrijf is, maar niet meer een relevante activiteit uitoefent, hetgeen onverlet laat dat natuurlijk altijd besloten kan worden dat de vennootschap wel (Europees) aanbesteedt.
- Een waterschap heeft geen direct instructierecht aan vennootschappen die het opricht. Door statutair de bevoegdheden van de AvA te verruimen, kan de invloed van het waterschap op de vennootschap worden vergroot (voor zover het waterschap meerderheidsaandeelhouder is).

#20 Waterkrachtcentrale Doesburg

- Door met een aanbesteding het recht om 'om niet' een waterkrachtcentrale op een asset van een waterschap te ontwikkelen, te realiseren en te exploiteren in de markt te zetten, kan worden voorkomen dat er sprake is van het geven van (verboden) staatsteun omdat door de aanbesteding de steunmaatregel niet selectief is. Ook wordt met een aanbesteding voorkomen dat er op een later moment strijdigheid ontstaat wat betreft een eventuele generieke plicht om overheidsopdrachten aan te besteden. Bijvoorbeeld als later blijkt dat een waterschap strenge (milieu) voorwaarden stelt die verder gaan dan de regulerende bevoegdheid van een waterschap.
- Ook is de verdeling van het recht (om op een asset een project te ontwikkelen) met een aanbesteding aan te bevelen als er een risico bestaat dat dit recht als een schaars recht kan worden gezien. De verdeling van rechten om gebruik te maken van assets van een waterschap op basis van het molenaars-principe ('die het eerst komt, die het eerst maalt') is echter juridisch ook mogelijk. Maar dan alleen als de kring van gegadigden tot zo een recht bekend is met de beschikbaarheid van dit recht.

- Als overigens voor een verdeling van ontwikkelrechten het mole-naars-principe wordt gehanteerd en het waterschap hanteert een marktconforme prijs voor het vergeven van dit recht, dan wordt er geen economisch voordeel verstrekt aan degene die het recht verwerft en is er geen sprake van (verboden) staatssteun.
- Een waterschap dient bij het bepalen van de mogelijke vergoeding voor het recht om een waterkrachtcentrale op een asset te plaatsen rekening te houden met het feit dat die vergoeding (in ieder geval) de integrale kosten moet dekken van het waterschap wat betreft het project. Dit in verband met de Wet Markt en Overheid. Maar, dat alleen als het faciliteren van een waterkrachtcentrale in/op/naast een stuw als een economische activiteit moet worden gezien. De vraag is wel of dat het geval is; een criterium voor de aanwezigheid van zo een activiteit is bijvoorbeeld dat de dienst in concurrentie met derden wordt aangeboden. De omstandigheden van het geval zullen moeten bepalen of er een economische activiteit is.
- Als het waterschap besluit om de integrale kosten niet door te berekenen en het ter beschikking stellen van een asset voor waterkracht is een economische activiteit, dan bestaat er nog een andere mogelijkheid om dit juridisch mogelijk te maken. Die is dat een waterschap gebruik maakt van 'redenen van algemeen belang'. Daarmee kan strijdigheid met de Wet Markt en Overheid worden voorkomen. Is dat belang er evenwel niet, dan dienen dus wel de integrale projectkosten doorberekend te worden.
- Het streven naar burgerparticipatie bij te ontwikkelen energieprojecten, vertaald naar 50% lokaal eigendom uit het Klimaatakkoord, speelt in principe alleen bij wind- en zonne-energie projecten. Dit laat onverlet dat er geen beletsels is om dit streven ook toe te passen op waterkrachtprojecten.

#21 Zonnepark RWZI Bath

- Als een waterschap een zonne-energieproject faciliteert, mag het dat mee laten tellen voor het bereiken van energieneutraliteit van het waterschap (in 2025).
- Als een waterschap een zonne-energieproject faciliteert op eigen grond en een opstalrecht vestigt ten behoeve van de initiatiefne-

- mer en aan dat opstalrecht geen juridisch afdwingbare verplichtingen bedingt (anders dan wat vanuit de techniek, veiligheid of publiekrecht nodig is), bijvoorbeeld door af te zien van het opnemen van verplichtingen om garanties van oorsprong of elektriciteit uit het zonnepark aan het waterschap te leveren, wordt voorkomen dat er een aanbestedingsplichtige opdracht ontstaat.
- Als een waterschap een zonne-energie project faciliteert op eigen grond en een opstalrecht vestigt ten behoeve van de initiatiefnemer en daarvoor een marktconform bedrag in rekening brengt, levert het waterschap geen staatssteun aan de initiatiefnemer. Dat marktconforme bedrag zal in totaliteit normalerwijs altijd meer zijn dan de gemaakte integrale kosten die het waterschap in rekening moet brengen wil het aan de Wet Markt en Overheid voldoen die dat verplicht. Wellicht namelijk dat die wet van toepassing is als het faciliteren van een zonne-energie project op eigen grond een economische activiteit is.

#22 Aquathermie TEO

- Middels het sluiten van een waterakkoord met een gemeente kunnen randvoorwaarden worden vastgelegd voor wat betreft (1) het faciliteren door een waterschap van derden of (2) het zelf gebruik maken van aquathermie uit oppervlaktewater (TEO).
- Bij een waterakkoord waarbij een kader wordt vastgelegd hoe een waterschap TEO kan faciliteren, zal een waterschap rekening moeten houden met de vraag of er wellicht schaarse rechten aanwezig (kunnen) zijn, en zo ja, hoe die verdeeld moeten worden.
- Een waterschap zal zich bij het sluiten van zo een waterakkoord dienen te vergewissen of het zelf bereid is enig risico te willen lopen wat betreft de opwekking van thermische energie of dat het dat aan de markt overlaat. Dit omdat bij TEO de juridisch vraag nog niet definitief is beantwoord of een waterschap – als het zelf opwekt – rechtmatig kan beschikken over de thermische warmte.

#23 Samenwerking HVC

- Waterschappen zijn vrij om hun wettelijke taken gemeenschappelijk onder te brengen in een Gemeenschappelijke Regeling. Deze

gemeenschappelijke regeling kan aandelen verwerven in een privaatrechtelijk lichaam.

- Het uitbesteden van een primaire taak aan een privaatrechtelijk lichaam zonder die taak als opdracht aan te besteden is in sommige gevallen toegestaan. Dit kan bijvoorbeeld gerealiseerd worden door gebruik te maken van de mogelijkheid om middels een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging vooraf de opdracht te gunnen indien (1) er een uitsluitend recht bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan is verleend, (2) de houder van het uitsluitend recht een (samenwerkingsverband van) aanbestedende dienst(en) is, (3) een en ander verenigbaar is met het VWEU en (4) de houder van dat recht enkel binnen een bepaald geografisch gebied een dienst verricht of activiteit uitoefent. Dit volgt uit artikel 1.1 juncto artikel 2:24 sub a van de Aanbestedingswet 2012.

#24 Smart polder gemaal Vredenburg

- Indien een waterschap een aquathermie faciliteert, zal stil gestaan moeten worden bij de vraag of het recht waarmee een derde warmte mag onttrekken een concessie-opdracht is.
- Als een waterschap besluit om aquathermie te faciliteren door grondposities ter beschikking te stellen, zal er rekening gehouden moeten worden dat dit tegen marktconforme condities dient te geschieden om zodoende geen verboden staatsteun te verstrekken.
- Zowel bij het vergeven van grondposities als ook bij het verlenen van vergunningen zal nagegaan moeten worden of die (publieke en/of private) rechten niet schaars zijn. Als dat het geval is, zouden die rechten mogelijk in concurrentie en transparantie vergeven moeten worden.

#25 Burgerzonneweide op RWZI

- Waterschappen kunnen met beperkte juridische risico's bijdragen aan de energietransitie door daken ter beschikking te stellen voor zonne-energie projecten van initiatiefnemers. Indien een waterschap geen juridisch afdwingbare verplichtingen bedingt die strekken tot de realisatie van een project, is er geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht.

- Eventuele samenloop met verboden staatssteun kan voorkomen worden door een marktconforme prijs in rekening te brengen inzake de dakhuur/het opstalrecht.
- Als er zich niet meerdere gegadigden hebben aangeboden voor de ontwikkeling van een zonne-energie project op een dak, dan kan met de gegadigde die zich meldt tot afspraken worden gekomen. Dit ontwikkelrecht is dan in beginsel niet (potentieel) schaars en kan dan zonder aanbesteding worden vergeven.

#26 Energiefabriek Hengelo

- Als een waterschap meer elektriciteit produceert dan dat het zelf verbruikt is dit goed te verenigen met zijn wettelijke taken. Pas wanneer de productie meer gaat bedragen dan wat er nodig is aan (duurzame) elektriciteit nodig is om als waterschap energie- en klimaatneutraal te worden, past deze productie niet meer binnen de wettelijke taak van het waterschap.

#27 Windpark Lorentz

- Waterschappen hebben binnen hun wettelijke taken de ruimte om zelf te investeren in windenergie. Klimaatneutraliteit van het waterschap is de uiterste grens die voor een waterschap geldt als een eigen windpark (of windturbine) meer energie produceert dan dat het waterschap zelf verbruikt.
- Als een waterschap met een andere overheid besluit om samen een windpark te ontwikkelen, zal het zwaartepunt van de juridische toets liggen bij de spelregels van mededinging. Het is evident dat de markt wordt betreden en de Wet Markt en Overheid is zeer bepalend voor de afwegingen en ontwikkeling van het windpark. Als een waterschap enkel besluit om te faciliteren, is vooral het aanbestedingsrecht en het leerstuk van schaarse rechten relevant om de ontwikkeling op te toetsen.

#28 BECH

Nog niet openbaar

#29 Windpark Hanze

- De procedure van vrijwillige transparantie kan uitkomst bieden als juridisch passende 'noodoplossing' indien er een 'gedwongen' keuze is voor wat betreft de partner om een gezamenlijk (wind) energie project mee te starten. Deze procedure is als gezegd de uitzondering op de regel. Het is daarom goed om ver vooruit te kijken of en hoe er wel mogelijkheden zijn om te kunnen kiezen wat betreft een samenwerkingspartner opdat de 'noodoplossing' geen standaard wordt.
- Een project-BV waarin een waterschap aandeelhouder is die elektriciteit produceert en levert is geen speciale sector bedrijf zoals genoemd in de Aanbestedingswet 2012 en er is dus geen aanbestedingsplicht, ook al heeft het Waterschap mogelijk een overheersende invloed (zoals gedefinieerd in genoemde wet). Als de project-BV een andere energievorm produceert en levert (bijv. warmte of biogas), is die plicht er wel. De project-BV is ook geen publiekrechtelijke instelling ex. de Aanbestedingswet 2012. Voor een project-BV waarin een waterschap aandelen houdt die elektriciteit produceert en levert is er dus in principe geen aanbestedingsplicht.
- Een waterschap kan als voorwaarde aan de samenwerking in een project-BV die elektriciteit produceert en levert stellen dat deze entiteit Europees dient aan te besteden (ondanks de afwezigheid van een plicht daartoe). De dynamiek van de markt kan er echter toe leiden dat deze voorwaarde in sommige gevallen niet kan worden gehandhaafd. Om kenbaar te maken in het concrete geval dat (en waarom) er wordt afgezien van een Europese aanbesteding – in weerwil van gecommuniceerde afspraken – kan wederom en als passende juridische noodoplossing de procedure van vrijwillige transparantie worden gevolgd. Het verdient aanbeveling om – net als bij de keuze voor de samenwerkingspartner – ver vooruit te denken of en hoe er met het aanbesteden omgegaan dient te worden.

- Door het vaststellen van een marktconform tarief voor de rente kan een waterschap een achtergestelde lening verstrekken aan de project-BV waarin het Waterschap aandelen houdt en waarin wordt samengewerkt zonder daarbij de staatssteunregels of de regels van de Wet Markt en Overheid te overtreden. De Wet Financiering Decentrale Overheden stelt verder eisen aan zo een lening en met de toezichthouder (de provincie) moeten ook goede afspraken gemaakt worden.

BIJLAGE 2: OPENSTAANDE JURIDISCHE VRAAGSTUKKEN

1. WETTELIJKE TAAK

A. Vraag samenwerken netinfra

Is het samenwerken met derden wat betreft hernieuwbare energieprojecten waarbij gezamenlijk gebruik wordt gemaakt van netinfra (bijv. cablepoolen, MLOEA, directe lijn) te verenigen met de wettelijke taken of dienen er extra waarborgen gecreëerd te worden?

Context

Momenteel is er steeds meer mogelijk met gezamenlijk gebruik van netinfra. Dat betekent soms wel dat je niet over de netaansluiting kan beschikken als dat je zou doen als het volledig je eigen *asset* zou zijn. Dat betekent dat handelingen van een waterschap ook beïnvloed worden door wat redelijk is naar de samenwerkingspartners inzake die netinfra. Mogelijk dat wat redelijk in contractuele context is, tot onaanvaardbaarheid leidt vanuit de nakoming door een waterschap van haar primaire taken (zuivering, watersysteem). Zie ook [artikel NetbeheerNL](#).

B. Vraag concurrentie versus maatschappelijk belang

Welke (maatschappelijke) meerwaarde moet een bepaalde activiteit hebben om daarmee te rechtvaardigen dat een waterschap als concurrent van marktpartijen optreedt. Of is maatschappelijke meerwaarde niet relevant als de activiteit binnen wet- en regelgeving valt?

Context

Als een waterschap economische activiteiten wil verrichten met behulp van publieke middelen, dan kan men zich afvragen of, bij het ontbreken van wettelijke beperkingen (bijv. wat betreft de Waterschapswet en Wet Markt en Overheid), het een vraag van beleid is of het tot verlening van bepaalde diensten/leveringen mocht overgaan op gebieden waar dergelijke diensten/leveringen ook door ondernemingen bedrijfsmatig

worden verleend. Maakt het feit dat iets kan (vanuit de wet en regelgeving) dat een waterschap ook het dan maar moet doen?

2. WARMTE

C. Vraag anticiperen warmtewet

Welke instrumenten denken waterschappen (nodig) te hebben (in welk stuk wetgeving en specifiek de Warmtewet 2 die nu in consultatie is) om ook in de toekomst de balans te vinden tussen het faciliteren van de warmtetransitie (door bijv. aquathermie in te zetten) en de bescherming van de belangen van de waterschappen, zoals waterkwaliteit, zuiveringsproces, et cetera?

Context

In de warmtetransitie spelen waterschappen een belangrijke rol; zowel als bronhouder van warmte die projecten faciliteert, maar in sommige gevallen ook als producent en leverancier van warmte (aan partijen die vervolgens aan eindklanten warmte leveren). De huidige warmtewet spitst zich vooral toe op de bescherming van eindklanten, maar de nieuwe warmtewet (in consultatie) heeft (waarschijnlijk) een bredere scope en kan mogelijk ook invloed hebben op de rol van waterschappen als facilitator, producent en leverancier. Daarnaast moet een waterschap een balans vinden tussen primaire taken van een waterschap en het faciliteren van de warmtetransitie. Waterschappen willen aan deze maatschappelijke opgave bijdragen, uiteraard zonder de eigen kerntaken in het geding te brengen. Welke instrumenten hebben waterschappen en welke zijn nodig om deze balans vorm te kunnen geven?

3. SAMENWERKING

D. Vraag handreiking samenwerking

Bestaat er behoefte aan een handreiking waarin stapsgewijs (bijv. in de vorm van een beslisboom) de relevante aspecten van een samenwerking met derden (specifiek energie coöperaties) worden beschreven?

Context

Samenwerking met andere overheden, private projectpartners en meer in het bijzonder energie coöperaties biedt mogelijkheden maar ook complicaties. Aanbestedingsverplichtingen (als de samenwerking kenmerken heeft van een opdracht), schaarse rechten (als er meer partijen zijn die willen samenwerken met een waterschap) spelen een rol en een waterschap dient er rekening mee te houden dat (1) zowel het waterschap als partner in de samenwerking alsmede (2) het samenwerkingsverband binnen de kaders van de mededinging blijft en staatssteun. Wat betreft de mededinging en staatssteun zijn er weer legio mogelijkheden om gebruik te maken van uitzonderingen waardoor het wel mogelijk is een samenwerking kosteloos te ondersteunen of om geen prijs voor de leveringen of diensten in rekening te brengen.

4. AANBESTEDEN

e. Vraag handreiking aanbesteden

Bestaat er behoefte aan een handreiking of beslisboom waarmee een waterschap – voorafgaand aan het maken van definitieve keuzes wat betreft de te leveren bijdrage aan een hernieuwbaar energieproject – snel scherp kan krijgen waar een aanbestedingsplicht om de hoek komt kijken en wat de uitzonderingen zijn waardoor die plicht er niet is.

Context

Bij de meeste van de geïnventariseerde projecten speelt aanbesteden een rol. Als een waterschap een project faciliteert of zelf ontwikkelt, eventueel in samenwerking met derden, heeft een waterschap eisen en wensen. Er is echter een moment waarop het pakket aan wensen

en eisen een aan te besteden opdracht is geworden, terwijl vanuit het slagen van het project nu juist de randvoorwaarde is dat met slechts één vooraf bekende partij tot afspraken wordt gekomen!

Hoe kan je er nu voor zorgen dat je niet later in het project klem komt te zitten doordat je moet aanbesteden terwijl de opdracht al wel is vergund? Denk aan een initiatiefnemer voor een windproject op een dijklichaam aan welke initiatiefnemer eisen worden gesteld die zeer bepalend zijn voor de vorm en inhoud van het project. De procedure van vrijwillige transparantie vooraf kan soms een uitkomst zijn. Gedacht kan worden aan een beslisboom naar analogie van “[Komt een man bij het waterschap](#)” van Waterschap Vechtstromen.

F. Vraag vrijwillige transparantie

Biedt een procedure van ‘vrijwillige transparantie vooraf’ mogelijkheden om het ‘onmogelijke’ mogelijk te maken of wordt daarmee deze procedure misbruikt?

Context

De Aanbestedingswet biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om te voorkomen dat een overeenkomst – die in strijd met de aanbestedingsregels onderhands is gesloten – door de rechter wordt vernietigd. In art. 4.16 lid 1 Aanbestedingswet is namelijk een uitzondering opgenomen op de hierboven besproken vernietigingsgrond (ex ante bekendmaking). Deze vernietigingsgrond is niet van toepassing als de aanbestedende dienst zich vooraf ‘vrijwillig transparant’ opstelt. Met deze procedure kan een waterschap dan ook – als deze van mening is dat een bepaalde opdracht op grond van de Aanbestedingswet niet van tevoren via TenderNed hoeft te worden gepubliceerd en er wordt besloten tot onderhandse gunning – in het Publicatieblad van de EU wel direct zijn voornemen tot gunning bekendmaken. Maar soms is het evident dat een opdracht vanuit een juridisch perspectief wel tevoren gepubliceerd moet worden vanuit de Aanbestedingswet, maar zijn er (feitelijke) omstandigheden die het maken dat niet te doen en onderhands te gunnen. Is daar deze procedure ook geschikt voor?

G. Vraag voorrang energie coöperaties

Is het voorrang geven aan lokale energie coöperaties bij hernieuwbare energieprojecten op gronden van een waterschap, te verenigen met het aanbestedingsrecht c.q. het leerstuk van schaarse rechten?

Context

Het streven naar 50% lokaal eigendom bij hernieuwbare energieprojecten op land staat verwoord in het Klimaatakkoord. Als een waterschap een project faciliteert of zelf dat met een partner wil ontwikkelen, kan een waterschap dit streven in praktijk brengen. Maar als een waterschap dit als eis stelt bij een project, heeft zij hiermee dan niet al een overheidsopdracht gecreëerd die aanbesteed moet worden? Is het toegestaan 'met voorrang' samen te werken met lokale energie coöperaties? En zo ja, waar moet dan rekening mee gehouden worden?

5. WET MARKT EN OVERHEID

H. Vraag ter beschikking stellen grondposities

Is het ter beschikking stellen door een waterschap van grondposities voor bijv. windparken een economische activiteit? Als dat niet zo is, dan is namelijk de Wet Markt en Overheid niet van toepassing en dan is er bijv. geen plicht om minimaal de integrale kosten in rekening te brengen.

Context

De Wet Markt en Overheid heeft alleen betrekking op overheden die zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten verrichten. Onder een economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een markt, dat wil zeggen in concurrentie met ondernemingen. Een 'onderneming' is iedere entiteit die economische activiteiten verricht ongeacht de rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen of activiteiten economisch van aard zijn. Deze beoordeling zal vaak afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Er zijn indicatoren die behulpzaam zijn bij de beoordeling en die volgen uit jurisprudentie. Een sterke indicatie dat de door uw overheidsorganisatie verrichte activiteit van economische aard is, is

bijvoorbeeld de aanwezigheid van verschillende aanbieders van dezelfde soort goederen en diensten. Voor zover een overheidsorganisatie specifiek overheidsgezag uitoefent, zoals het handhaven van de openbare orde, het verlenen van vergunningen of dijkbewaking door een dijkgraaf, is er geen sprake van een economische activiteit. Overigens blijft nog steeds de plicht bestaan geen ontoelaatbare staatssteun te leveren, hetgeen betekent dat veelal wel een marktconforme prijs moet worden gerekend voor de grondposities.

6. STAATSSTEUN

I. Vraag marktwaarde warmte (nihil)

Verleent een waterschap niet toegelaten staatssteun als zij een partij toe staat om warmte om niet uit de warmtebron van het waterschap te onttrekken in de situatie dat er geen andere partijen zijn die de warmte willen?

Hoe bepaal je voorts bij een project zonder dat er vraag van derden is de waarde van warmte? En wat is het moment dat warmte – die initieel om niet werd onttrokken – wel waarde krijgt?

Context

Bij warmteprojecten die een waterschap faciliteert/ontwikkelt, is (1) de behoefte aan die warmte veelal zeer lokaal, is (2) er vaak geen alternatieve warmtevraag bij het waterschap dan van het project (of is er voldoende warmte) maar is (3) logischerwijs altijd wel een alternatieve (niet-duurzame) bron van warmte beschikbaar voor de afnemer van die warmte (opwekking met gas bijv.). Er is voorts alleen sprake van staatssteun indien er sprake is van een maatregel die de mededinging (in potentie) vervalst en (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU. Maar heeft levering ten behoeve van een lokaal warmteproject die invloed of dat gevolg?

Bij TEA op de RWZI is de warmte van het waterschap en speelt deze vraag.

Bij TEO is warmte een 'common good' waar het waterschap lastig waarde kan toekennen aan de onttrokken (gemeenschappelijke) warmte.

J. Vraag optimalisatie marktconformiteit

Dient een waterschap bij het bepalen van een marktconforme prijs voor een grondpositie rekening te houden met een eventuele waardevermeerdering van die positie ten gevolge van bijv. het doorlopen van het vergunningstraject?

Context

Een project dat naast een grondpositie beschikt over een SDE-beschikking, een vergunning en netcapaciteit, is meer waard dan een project dat enkel een grondpositie heeft. Dat zou wellicht terug kunnen komen bij de bepaling van de prijs of in de ontwikkelstrategie van een waterschap. Zonder veel risico kan bijv. een SDE-beschikking worden aangevraagd en een offerte voor netcapaciteit kunnen worden verkregen.

7. SCHAARSE RECHTEN

K. Vraag mitigeren (latere) problemen ten gevolge schaarse rechten

Op welke wijze kan een waterschap ervoor zorgen dat hem niet achteraf het verwijt gemaakt kan worden dat de geleverde bijdrage (een recht of vergunning) aan een hernieuwbaar energieproject schaars was en op een andere manier verdeeld had moeten worden. Maakt het daarbij dan uit dat de bijdrage bestond uit het vergeven van een publiek recht of een privaat recht?

Context

Het [STOWA rapport](#) uit 2019 m.b.t. aquathermie geeft heldere kaders wat betreft de omstandigheden die ertoe leiden dat vergunningen die het waterschap heeft te vergeven – bijv. het lozen van warmte of koude of het onttrekken van warmte of koude uit het oppervlaktewater – schaars zijn. Is een vergunning, zijnde een publiek recht, schaars, 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. Maar ook private rechten, denk aan een grondpositie of het recht om samen te werken, van een waterschap kunnen schaars zijn en daarvoor gelden dezelfde verdelingsvoorschriften.

L. Vraag verdeling groen gas

Is de verkoop van opgewekt groen gas (en levering via HBE's of invoeding op het net) een schaars recht, en zo ja, hoe dient dit recht dan verdeeld te worden?

Context

Groen gas, zeker in de vorm van HBE, is zeer gewild door de markt. In dat kader is het al bedrijfseconomisch logisch dat de verkoop van dit gas in concurrentie wordt vergeven. Maar zijn er juridische voorwaarden waaraan de verkoop van dit gas dient te voldoen?

8. OVERIG

M. Vraag zonne-ladder (voor op water)

Is er behoefte, naar analogie van de zonne-ladder (voor op land), om te komen tot een zonne-lader (voor op water)?

Context

Zon op water neemt hand over hand toe. Soms is een waterschap bevoegd gezag, soms ook niet. Wat geconstateerd wordt is dat er nog geen integraal afwegingskader is welk (oppervlakte)water het best geschikt is voor zon op water (of wellicht moet de vraag beantwoord worden op welke wateren we zeker niet zon op water willen toestaan. Hoe borg je dat gemeenten, Rijkswaterstaat en waterschappen uniform met vergunningen omgaan? Zie ook <https://rb.gy/4qrigl>

N. Vraag grondbeleid

Is het aan te bevelen om, mede gezien de aankomende dynamiek vanuit de RES 1.0, om het grondbeleid 'op orde' te hebben of kleven er geen bezwaren aan om op ad-hoc basis te besluiten op verzoeken van derden om op gronden van waterschappen duurzame energieprojecten te ontwikkelen?

Context

Grondbeleid geeft mogelijk inzicht in de wijze waarop met de uitgifte van grondposities wordt omgegaan. Tevens is het waarschijnlijk dat door het maken van (algemeen) grondbeleid er meer aandacht dan

gebruikelijk is van het Algemeen Bestuur voor duurzame energieprojecten die bedacht zijn om op gronden toegelaten te worden. Dat kan voordelen hebben omdat dan ook de concrete (on) mogelijkheden van duurzame energieprojecten alsmede de mogelijk aanwezige (grote) weerstaand goed uitgelegd kan worden. De algemene beeldvorming over bijv. (de bouw van) windturbines hoeft niet per se correct is en grondbeleid kan bijdragen aan een juiste beeldvorming.

COLOFON

WATERBEHEER EN REGIONALE ENERGIESTRATEGIEËN

Dit project is onderdeel van WARES, het onderzoeksprogramma voor Waterbeheer en Regionale EnergieStrategieën. Het is in oktober 2019 gestart door de Unie van Waterschappen en het kenniscentrum van regionale waterbeheerders STOWA. Het doel: helder krijgen hoe aquathermie, windmolens, zonnepanelen en energieopslag een plek kunnen krijgen in het waterbeheer. Speciale aandacht gaat uit naar de ecologische, juridische en governance aspecten van energieprojecten. WARES wordt mede mogelijk gemaakt door financiering van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

UITGAVE

©Unie van Waterschappen in samenwerking met



BEZOEKADRES

Koningskade 40
2596 AA Den Haag
070 351 97 51
Nederland

POSTADRES

Postbus 93218
2509 AE Den Haag
Nederland

info@uwv.nl
www.uvw.nl

December 2020