

Aan : [REDACTED]
[REDACTED]
Van : Menno Visser
Onderwerp : juridische aspecten warmtenet Loppersum
Datum : 28 september 2021
Status : concept, versie 1.5

1. Inleiding

Voor het warmtenet in Loppersum zal een warmtebedrijf opgericht moeten worden om het warmtenet te kunnen exploiteren. Voor dat warmtebedrijf moet een rechtsvorm gekozen worden. Dit memo geeft een advies over de rechtsvorm. Om een rechtsvorm te kunnen kiezen moet eerst gekozen worden welke rol de gemeente wil en kan spelen bij het warmtebedrijf. Daarna worden de voor- en nadelen van de verschillende ondernemingsvormen vergeleken. Tot slot wordt een advies gegeven over de rechtsvorm.

Andere juridische aspecten die in dit memo aan de orde komen zijn:

- Beoordeling of er sprake is van staatsteun
- Wijze van aanbesteden

2. Rol gemeente

Voor de keuze van de rol van de gemeente is gebruik gemaakt van de beslisboom in bijlage 1. Deze is gemaakt door het Expertiseteam Warmte Noord-Brabant. Omdat er geen interesse uit de markt verwacht wordt, moet de gemeente bereid zijn om risico te nemen. Dan kom je uit bij "gemeentelijk bedrijf".

Daarbij zijn de volgende uitgangspunten gehanteerd:

1. Het warmtebedrijf heeft bij de start geen winstoogpunt. Het enige doel is het warmtenet tegen minimale kosten en risico's te exploiteren.
2. Om financiële reserves op te kunnen bouwen om eventuele tegenvallers op te kunnen vangen zal vanaf de start een beperkte mate van winst nodig zijn.
3. Vanwege punt 1 wordt niet verwacht dat er marktpartijen zijn die vanaf de start risicodragend willen deelnemen in het warmtebedrijf.
4. Mogelijk zijn er op de langere termijn wel marktpartijen die het warmtenet willen exploiteren als aangetoond is dat dit rendabel is. Deze zullen een bepaalde mate van winst vereisen om de risico's af te dekken.
5. De Lopster Energie Coöperatie (LOPEC) vertegenwoordigt de belangen van de bewoners die betrokken zijn bij de energietransitie. Het voornaamste belang van de bewoners is dat de kosten van een aansluiting op het warmtenet lager zijn dan een cv-ketel op aardgas met behoud van comfort.
6. LOPEC wil alleen betrokken zijn bij het warmtebedrijf als dit minimale risico's met zich meebrengt, maar wil wel de belangen bij punt 5 kunnen behartigen.
7. De gemeente wil minimale risico's lopen maar hoeft ook geen winst te maken.
8. Op de langere termijn wil de gemeente geen bemoeienis met een warmtebedrijf omdat het niet past bij de kerntaken. Samenwerking met of overdracht naar een regionaal warmtebedrijf is daarom wenselijk, o.a. vanwege schaalvoordelen en risicospreiding.
9. Als overdracht naar een regionaal warmtebedrijf alleen mogelijk is als er een bepaalde mate van winst gemaakt wordt, is daar geen bezwaar tegen zolang de deelnemers daar geen onevenredig nadeel van ondervinden.

10. Een mogelijke samenwerkingspartner is Warmtestad in Groningen. Dat is een BV met de gemeente Groningen en het Waterbedrijf als aandeelhouders. Warmtestad heeft gekozen voor de BV-vorm omdat er sprake moet zijn van voldoende winst om de risico's op te kunnen vangen.

3. Eigendom warmtenet

De gemeente zal verschillende subsidies gebruiken om het warmtenet aan te leggen. Alleen dan ontstaat een rendabele casus. Er zijn drie mogelijkheden:

1. De gemeente legt het warmtenet aan met de subsidies en wordt eigenaar van het warmtenet. Het warmtebedrijf exploiteert vervolgens het warmtenet.
2. De gemeente legt het warmtenet aan en draagt het warmtenet vervolgens in eigendom over aan het warmtebedrijf.
3. De gemeente draagt de subsidies over aan het warmtebedrijf en het warmtebedrijf legt het warmtenet aan.

De voorkeur gaat uit naar mogelijkheid 1. Dat past bij het principe dat de "infrastructuur" in eigendom is van de overheid net als bij gasleidingen, wegen, riolen, dijken e.d. Bovendien is de gemeente dan voorbereid op een eventuele splitsing van verantwoordelijkheden over het distributienet en de warmtelevering, net als bijvoorbeeld bij levering van gas en elektra.

4. Staatssteun

Samengevat is de gemeente Eemsdelta van plan 3,0 miljoen euro subsidie te geven voor een initiële investering van 3,6 miljoen euro in een warmtenet in Loppersum. Het totale aansluitvermogen is ongeveer 2 MW. De vraag is of er in dit geval sprake is van staatsteun.

Er is sprake van staatsteun indien aan de volgende vijf voorwaarden wordt voldaan:

1. De steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht;
2. De steun wordt met staatsmiddelen bekostigd;
3. Deze staatsmiddelen verschaffen een economisch voordeel dat niet via de normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit);
4. De maatregel is selectief: het geldt voor één of enkele ondernemingen, een specifieke sector of regio;
5. De maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en leidt tot een (mogelijke) ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer (grensoverschrijdend effect).

Hieronder wordt toegelicht waarom aan alle vijf voorwaarden wordt voldaan.

Ad 1.

Het leveren van warmte aan woningen en organisaties is een economische activiteit.

Ad 2.

Het gaat om 3,0 miljoen euro subsidie van de rijksoverheid. Dat zijn staatsmiddelen.

Ad 3.

Als de subsidie aan een gemeentelijke BV ten goede komt, kunnen marktpartijen daar niet van profiteren. Dat verschaft de BV een economisch voordeel.

Ad 4.

De maatregel is selectief omdat alleen de gemeentelijke BV er van profiteert. Het betreft een specifieke regio, namelijk het "aardbevingsgebied in de provincie Groningen".

Ad 5.

De maatregel vervalst in potentie de mededinging van marktpartijen die warmte kunnen leveren en leidt tot een mogelijke ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer (grensoverschrijdend effect) voor bedrijven in het buitenland die warmte kunnen leveren.

Er is geen vrijstelling mogelijk omdat:

- Het de-minimisplafond van €200.000 wordt overschreden.
- Niet voldaan wordt aan de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (o.a. artikel 41 en 42) omdat 83% van de investering wordt gesubsidieerd en het vermogen van het warmtenet ongeveer 2 MW is.

De conclusie is dat er sprake is van staatssteun.

De goedkeuringsgrondslag voor de Europese Commissie is gebaseerd op paragraaf 3.4 van de Richtsnoeren voor staatssteun voor milieubescherming en energie 2014-2020 (Milieusteunkader of MESK). Hierin wordt ingegaan op energie-efficiëntiemaatregelen, waaronder warmtenetten. Het warmtenet in Loppersum zal bijdragen aan de bescherming van het milieu door per jaar 350 ton CO₂-emissie te voorkomen. Dat past in de doelstellingen van de Europese Unie.

Ondertussen is een voorlopige melding gedaan bij de Europese Commissie via het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Het ministerie beoordeelt of er inderdaad sprake is van staatssteun en of de melding aan de eisen voldoet.

Mocht de Europese Commissie tot het oordeel komen dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun dan zal er een openbare (Europese) aanbesteding worden georganiseerd voor de exploitatie van het warmtenet. Dan is er geen sprake meer van staatssteun omdat marktpartijen dan de kans hebben om van de subsidies te profiteren.

5. Aanbesteding

Het beslisschema geeft aan dat er sprake is van een vorm van aanbesteding. In dit geval is er sprake van inbesteding. Er zijn twee vormen van inbesteding, namelijk zuiver inbesteden en quasi-inbesteden. Van zuiver inbesteden is sprake indien de aanbestedende dienst (in dit geval de gemeente Eemsdelta) een opdracht verstrekt aan een afdeling van de eigen organisatie. Van quasi-inbesteden is sprake als de aanbestedende dienst een opdracht verstrekt aan een van de organisatie afgescheiden rechtspersoon. In geval van het warmtebedrijf is van dat laatste sprake. Het warmtebedrijf is namelijk een aparte entiteit en maakt geen deel uit van de organisatie van de gemeente Eemsdelta.

Er is dus sprake van quasi-inbesteding. Hiervoor dient aan een aantal aanvullende voorwaarden te worden voldaan:

1. Er moet daadwerkelijke toezicht zijn op de rechtspersoon vanuit de gemeente, bijvoorbeeld door het benoemen van het bestuur door het college;
2. Meer dan 80% van de werkzaamheden moet worden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst die hem beheerst (de gemeente Eemsdelta);
3. Er mag geen privé kapitaal worden ingebracht.

Aan deze voorwaarden kan eenvoudig voldaan worden.

De volgende (mogelijke) aanbestedingen kunnen worden onderscheiden:

1. Realisatie van het warmtenet, al dan niet in deeltrajecten.
2. Realisatie van de warmtecentrale.
3. Warmtelevering (vanuit de warmtecentrale) gedurende een lange periode (mogelijk 45 jaar).
4. Exploitatie van het warmtenet gedurende dezelfde periode.

Omdat in de paragraaf over staatsteun wordt geconcludeerd dat er sprake is van staatsteun wordt geadviseerd alle vier de genoemde onderdelen gelijktijdig aan te besteden in vier percelen. Indien er geen marktpartijen zijn voor perceel 3 en 4 dan kan geconcludeerd worden dat er geen sprake is van ongeoorloofde staatsteun. Immers als marktpartijen er niet voldoende verdienen potentieel in zien, is blijkaar staatsteun noodzakelijk om het warmtenet te exploiteren. Gezien de omvang zal er sprake zijn van een Europese aanbesteding.

6. Juridische structuur

In bijlage 2 is een mogelijke juridische structuur weergegeven. Enpuls heeft zich ondertussen teruggetrokken, de ovaal met "utiliteit" kan vervallen en bewoners gaan niet investeren. Woonzorg Nederland (eigenaar van Wiemersheerd) heeft aangegeven geen deelnemer in het warmtebedrijf te willen zijn. Verder geeft het schema weer welke rol de verschillende partijen willen spelen.

7. Rechtspersoonlijkheid

Allereerst is van belang op te merken dat er twee soorten rechtsvormen zijn: (1) met rechtspersoonlijkheid en (2) zonder rechtspersoonlijkheid. Geadviseerd wordt een rechtsvorm te kiezen die wel rechtspersoonlijkheid heeft. De rechtspersoon heeft namelijk een afzonderlijk vermogen, ten aanzien van degenen die de onderneming besturen. Als de rechtspersoon onverhoopt schulden maakt die niet afgelost kunnen worden, kunnen schuldeisers de bestuurders van het warmtenet niet privé of anderszins financieel aanspreken, tenzij er sprake is van onrechtmatig handelen. Een rechtspersoon is dus financieel de meest veilige optie voor eenieder.

8. Rechtsvorm

Rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid zijn in ieder geval de stichting, de coöperatie en de besloten vennootschap (b.v.).

Stichting

Een stichting is een mogelijke rechtsvorm die wordt gekozen om een ideëel doel na te streven. Het is een ondernemingsvorm zonder winstoogmerk. De stichting mag althans niet tot doel hebben het doen van winstuitkering aan het bestuur. Ook het overmaken van geld aan anderen dan de stichting is slechts toegestaan voor zover dit een ideëel doel heeft. In beginsel moet winst of omzet alleen ten goede komen tot het ideële doel van de stichting zelf.

Coöperatie

De coöperatie is een rechtsvorm die door de wetgever is opgezet als een bijzondere vereniging, en bevindt tussen de maatschap/vennootschap onder firma en de b.v./n.v. Een coöperatie komt het meest van pas als meerdere (reeds bestaande) ondernemingen een gezamenlijk doel willen bereiken en daarover afspraken willen maken. Het doel wordt dan vastgelegd in verschillende contracten, met de partijen die deelnemen in de coöperatie. Tegelijkertijd wordt in dat contract neergelegd welke verplichtingen de deelnemende partijen jegens de coöperatie hebben. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan verschillende fruittelers die gezamenlijk afspreken dat zij een bepaalde hoeveelheid fruit gaan leveren, tegen welke prijs dit verkocht wordt en hoe de opbrengst wordt verdeeld.

B.V.

De B.V. is, samen met de N.V., een kapitaalvennootschap. Er kan slechts worden deelgenomen aan deze rechtsvorm door middel van een aandeel in het kapitaal. Het kapitaal wordt verdeeld in aandelen, en de onderneming wordt bestuurd door aandeelhouders. In de statuten kunnen regels worden opgenomen over het type aandelen dat onder de B.V. wordt gehouden. Hierbij kunnen regels worden afgesproken over de hoeveelheid aandelen, maar ook de voorwaarden waaronder een aandeel kan worden overgedragen (en wanneer niet). Dit maakt de B.V. interessant en tegelijkertijd complex. De statutaire regels kunnen namelijk maken hoe laagdrempelig het is om nieuwe aandelen uit te geven, deel te (gaan) nemen in de B.V., of deelname te beëindigen.

In bijlage 3 zijn nog een aantal aandachtspunten opgenomen in een tabel.

9. Risico's

Om tot een afweging te komen dient een analyse gemaakt te worden van de risico's voor de verschillende betrokken partijen op de korte en langere termijn: gemeente, LOPEC, deelnemers en een eventueel regionaal warmtebedrijf. Deze zijn weergegeven in onderstaande tabel.

Partij	Korte termijn	Langere termijn
Gemeente	Kostenoverschrijding investeringen	Tekort op de exploitatie
LOPEC	Reputatie schade	Reputatie schade
Deelnemers	Ontevredenheid	Ontevredenheid
Regionaal Warmtebedrijf	n.v.t.	Tekort op de exploitatie

10. Afweging

Iedere ondernemingsvorm heeft zijn voor- en nadelen. Een coöperatie is niet echt een geschikte ondernemingsvorm, vanwege de aard van deze rechtsvorm. Deze is veel meer gericht op deelnemers die prijsafspraken willen maken, zodat er zoveel mogelijk mededinging plaatsvindt ten behoeve van een eerlijke markt. De stichting en de B.V. zijn allebei op het eerste gezicht wel geschikt. De B.V. is een goede keuze omdat daarbij duidelijke afspraken kunnen worden gemaakt in de statuten over het deelnemen, overdragen van aandelen en het in- en uittreden. Het nadeel daarvan is dat de B.V. meer gericht lijkt op kapitaal en vergroting daarvan. Het voordeel van een stichting is dat deze niet op winst gericht is. Het nadeel daarvan zijn de wettelijke beperkingen m.b.t. het doen van winstuitkeringen en het doen van uitkeringen aan derden.

Navraag bij diverse warmtenetten in Nederland leert dat vrijwel overal is gekozen voor de B.V. In een enkel geval is (voorlopig) gekozen voor een gemeentelijke afdeling.

Zowel bij een stichting als een B.V. bestaat de mogelijkheid van een toezichthoudend orgaan in de vorm van een Raad van Toezicht of een Raad van Commissarissen. In zo'n toezichtsorgaan kunnen de verschillende belangen en deskundigheden vertegenwoordigd worden. Daarbij kan gedacht worden aan de gemeente, de deelnemers, LOPEC en deskundigen op het gebied van exploitatie van warmtenetten.

11. Advies

De gemeente wil op de langere termijn geen bemoeienis met een warmtebedrijf omdat dat niet past bij de kerntaken. Daarom ligt een BV het meest voor de hand. Deze is relatief eenvoudig over te dragen aan een regionaal warmtebedrijf. Zo'n regionaal warmtebedrijf zal een bepaalde mate van winst eisen om de risico's af te dekken. Daar past een BV goed bij. Ook elders in Nederland zijn BV's opgericht voor warmtelevering.

De gemeente wordt in beginsel enig aandeelhouder. Omdat LOPEC geen risico's wil en kan dragen moet een vorm gevonden worden waarin LOPEC betrokken kan worden. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door LOPEC en/of de deelnemers het recht te geven een of meer leden van een Raad van Commissarissen (RvC) te benoemen. In de RvC zou ook een deskundige op het gebied van warmtenetten benoemd kunnen worden.

Samengevat zou RvC zou kunnen bestaan uit:

- een lid benoemd door de gemeente, met deskundigheid op het gebied van warmtenetten;
- een lid benoemd door de deelnemers;
- een lid benoemd door LOPEC;
- een voorzitter benoemd door de drie eerder genoemde leden.

Daarnaast kunnen de deelnemers en LOPEC plaatsnemen in een overleg orgaan waarin onderwerpen kunnen worden besproken als tarieven, kwaliteit van de dienstverlening e.d.

Wat betreft staatsteun wordt geadviseerd een melding te doen bij de Europese Commissie. Als deze de staatsteun als ongeoorloofd beschouwd is de oplossing de exploitatie van het warmtenet aan te besteden.

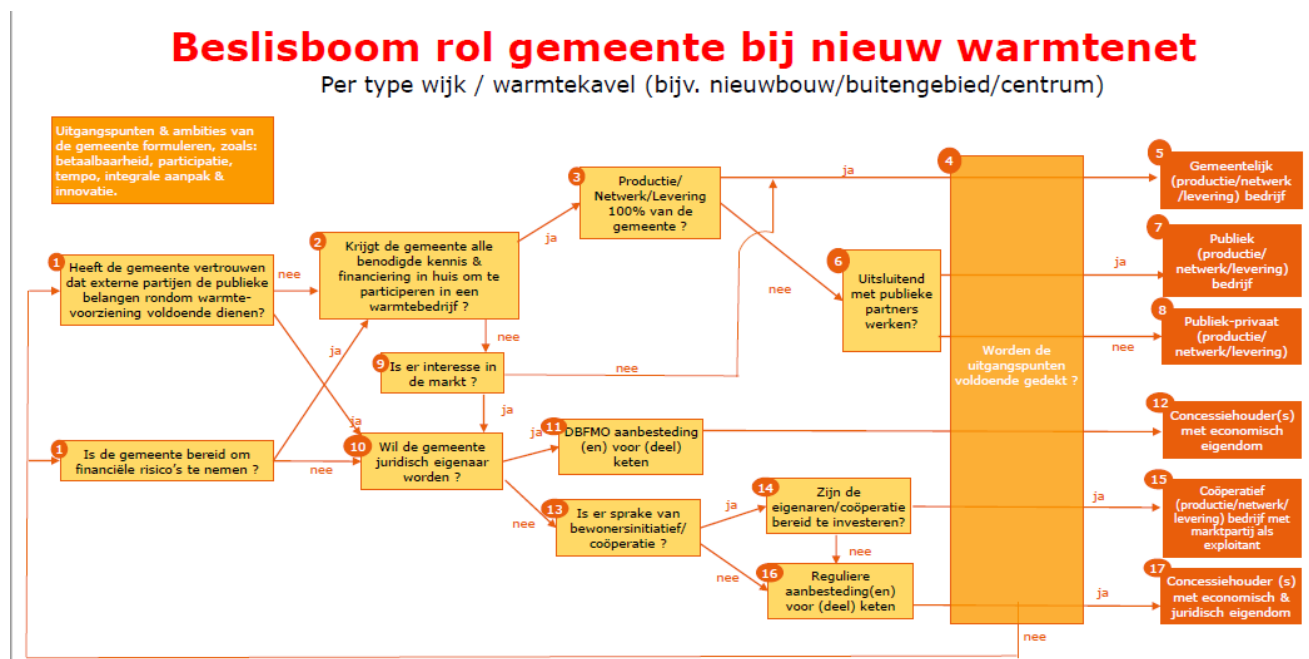
Wat betreft aanbesteding wordt geadviseerd om (vooruitlopend op het oordeel van de Europese Commissie) voor de volgende vier percelen:

1. Realisatie van het warmtenet, al dan niet in deeltrajecten.
2. Realisatie van de warmtecentrale.
3. Warmtelevering (vanuit de warmtecentrale) gedurende een lange periode (mogelijk 45 jaar).
4. Exploitatie van het warmtenet gedurende dezelfde periode.

Indien er geen marktpartijen zijn voor perceel 3 en 4 dan kan geconcludeerd worden dat er geen sprake is van ongeoorloofde staatsteun. Dat betekent dat de gemeentelijke BV binnen de wettelijke regels het warmtenet kan exploiteren.

CONCEPT

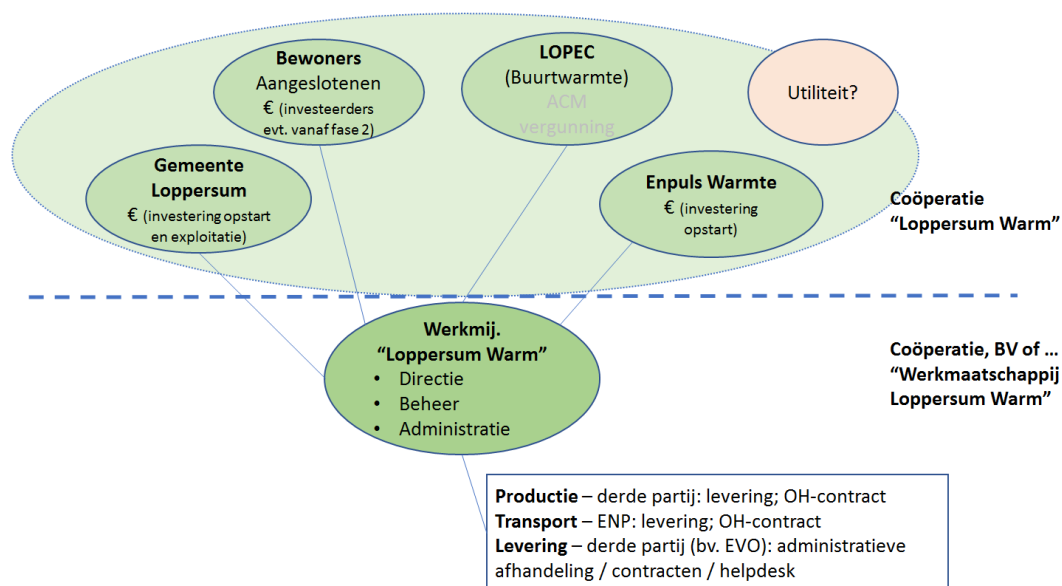
Bijlage 1: Beslisboom rol gemeente bij nieuw warmtenet



Route: 1 --> nee --> 2 --> nee --> 9 --> nee --> 4 --> ja --> 5

Omdat er geen interesse uit de markt verwacht wordt, moet de gemeente bereid zijn om risico te nemen. Dan kom je uit bij "gemeentelijk bedrijf".

Bijlage 2: Mogelijke juridische vorm warmtebedrijf



In juni 2021 heeft Enpuls zich teruggetrokken uit het project

CONCEPT

Bijlage 3: Ondernemingsvormen

	Stichting	Coöperatie	B.V.
Oprichting door middel van	Notariële akte		
Inschrijving handelsregister vereist	Ja		
Verplicht startkapitaal	n.v.t.	n.v.t.	Vrij te bepalen, in ieder geval € 0,01
Verplichting tot instellen ondernemingsraad	Nee, tenzij 50 medewerkers (of meer) in dienst		
Vertegenwoordigingsbevoegdheid	De wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid komt enkel toe aan het bestuur tezamen. Statutair kan worden bepaald dat individuele bestuurders de onderneming mogen vertegenwoordigen.		Statutair te bepalen, in beginsel is ieder bestuurslid afzonderlijk/het gehele bestuur tezamen hiertoe bevoegd. In de statuten kan hiervan worden afgeweken.
Zeggenschap leden/aandeelhouders	n.v.t., de stichting kent een wettelijk ledenverbod	De coöperatie kent een algemene ledenvergadering. De inhoud van het lidmaatschap is afhankelijk van de invulling van de statuten (wanneer is goedkeuring vereist, wanneer besluit de ledenvergadering zelf, et cetera)	De (mate van) zeggenschap binnen een b.v. wordt bepaald door het aantal en type aandelen dat iemand bezit. Het type aandeel dat iemand bezit kan ook invloed hebben op de overdraagbaarheid van een aandeel.
Verplicht om jaarrekening te deponeren bij de KvK	Nee, tenzij omzet van € 6 miljoen per jaar.	Ja	