

MEMO – PERSOONLIJK & VERTROUWELIJK / ADVOCaat-CLIENT CORRESPONDENTIE

Aan Jean Sijmons (Sittard-Geleen)
Van Martijn Jongmans, Lieke van Aarssen
Datum 30 mei 2023
Onze ref. 149822
Betreft Sittard-Geleen / Advies HGN

1. INLEIDING

- 1.1. De gemeenten Sittard-Geleen, Stein en Beek (hierna tezamen: “**de Gemeenten**”) vragen zich af hoe zij in het licht van het initiatief Warmtenet Zuid-Limburg (“**WZL**”) het beste om kunnen gaan met de bestaande publiek-private samenwerking met Ennatuurlijk B.V. (“**Ennatuurlijk**”) voor Het Groene Net.
- 1.2. Na een uiteenzetting van de relevante feiten en omstandigheden brengen wij ten behoeve van de bestuurlijke besluitvorming in de Gemeenten een drietal mogelijke scenario's in kaart.

2. FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN¹

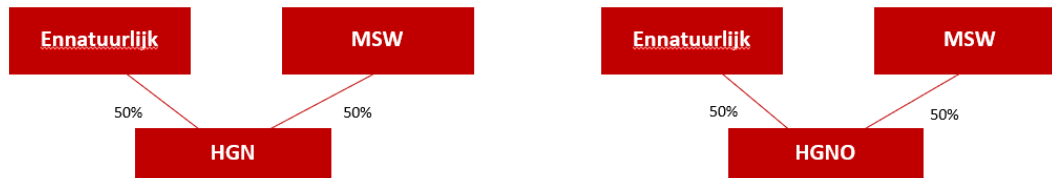
Samenwerkingsovereenkomst Het Groene Net

- 2.1. Na een Europese aanbesteding zijn de Gemeenten, Mijn Streekwarmte B.V. (“**MSW**”), Ennatuurlijk, Het Groene Net B.V. (“**HGN**”) en Het Groene Net Ontwikkel-B.V. (“**HGNO**”) op 8 juni 2015 de ‘Samenwerkingsovereenkomst Het Groene Net’ aangegaan (“**SOK**”). De SOK ziet, kort gezegd, op de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van een duurzaam warmtenet op het grondgebied van de Gemeenten² en heeft een looptijd van 31 jaar te rekenen vanaf Financial Close.³
- 2.2. De organisatiestructuur van Het Groene Net zag er bij oprichting als volgt uit:

¹ Om geen dubbel werk te doen hebben wij voor het eerste deel van dit hoofdstuk deels gebruik gemaakt van de inleiding van het door Martijn Jongmans onder AKD-vlag opgestelde advies aan Mijn Streekwarmte B.V. van 4 maart 2021.

² Het College van B&W van Sittard-Geleen heeft in 2015 bij besluit aan HGN het exclusieve recht en de plicht verleend tot het ontwerpen, realiseren, onderhouden en zo nodig vervangen, beheren en exploiteren van een warmtenetwerk ten behoeve van de distributie en levering van warmte en koude binnen het grondgebied van de gemeente Sittard-Geleen (uitgezonderd de Hoogveld concessie). Wij begrijpen dat de Colleges van Stein en Beek vergelijkbare besluiten voor hun gemeentes hebben genomen.

³ Financial close is bereikt in juli 2016. Financial Close is in de SOK gedefinieerd als de datum waarop de opschortende voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 11.1 van de SOK zijn vervuld waarna tenminste de Realisatie en Exploitatie van kraal 1 kan worden aangevangen zoals omschreven in de SOK.



- 2.3. De aandelen in MSW worden gehouden door Sittard-Geleen. In de SOK is vastgelegd dat Beek en Stein als aandeelhouder zullen toetreden indien en zodra is voldaan aan de in artikel 12.1 en 12.3 van de SOK genoemde opschortende voorwaarden.
- 2.4. Ter uitvoering van de SOK is inmiddels een warmtenet gerealiseerd in het Noordelijke deel van het Groene Net ("**HGN Noord**"). Voor HGN Noord wordt gebruik gemaakt van warmte van de BES.
- 2.5. De activiteiten met betrekking tot HGN Noord zijn ondergebracht in HGN. De volgende stap in de ontwikkeling van Het Groene Net is warmtelevering in het Zuidelijke deel van het Groene Net ("**HGN Zuid**"). Hiervoor zal gebruik worden gemaakt van restwarmte afkomstig van de Chemelot site.⁴
- 2.6. De activiteiten met betrekking tot HGN Zuid zijn (nog) niet verder gekomen dan de ontwikkelfase. Deze heeft plaatsgevonden vanuit HGNO in opdracht en met financiering van een breder samenwerkingsverband, waarbij naast de SOK partijen ook de Provincie Limburg (de "**Provincie**"), Enexis en haar dochteronderneming Enpuls waren betrokken (zie uitgebreider hierna). Zou het op enig moment tot realisatie en exploitatie van HGN Zuid komen, dan dienen de activiteiten met betrekking tot HGN Zuid in een aparte entiteit te worden ondergebracht (conform de voorwaarden van de SOK).
- 2.7. Op basis van de SOK kunnen de Gemeenten geen zekerheid ten aanzien van deelname aan of betrokkenheid bij de realisatie en ontwikkeling van (delen van) HGN Zuid afdwingen.

⁴ Op basis van door HGNO met Sabic, gemaakte afspraken geldt met betrekking tot restwarmte afkomstig van de Chemelot site het volgende. Indien het komt tot een positieve investeringsbeslissing voor HGN Zuid is Sabic gehouden om met HGN (Zuid) een WLO te sluiten op grond waarvan HGN (Zuid) ten opzichte van eventuele andere afnemers met voorrang warmte ontvangt. Tenzij HGN (Zuid) alle beschikbare warmte afneemt, zal afgaande op de met HGNO gemaakte afspraken geen sprake zijn van een exclusief afnamerecht voor HGN (Zuid) van Chemelot warmte. Indien het niet komt tot een positieve investeringsbeslissing en er een andere exploitant in beeld komt, dient deze goedkeuring te vragen aan de Provincie voor het gebruik en de verdere ontwikkeling van de Tie-in.

Ontwikkeling Groene Net Zuid komt niet van de grond

- 2.8. In het kader van de ontwikkeling van HGN Zuid wordt door de diverse stakeholders al geruime tijd nadrukkelijk gekeken naar mogelijkheden om een groot (boven)regionaal warmtenetwerk te realiseren, waarbij de warmtelevering niet beperkt blijft tot afnemers in de Gemeenten.⁵
- 2.9. De Provincie ondersteunt het streven om te komen tot een (boven)regionaal warmtenetwerk. Op verzoek van de Provincie zijn in 2018 ook Enexis en haar dochteronderneming Enpuls bij de planvorming voor HGN Zuid betrokken. Na verkennende gesprekken is besloten om gezamenlijk de haalbaarheid van een groot regionaal warmtenet in de Westelijke Mijnstreek verder te onderzoeken en tevens een verkenning te doen naar mogelijkheden voor uitbreiding buiten de regio.⁶ De afspraken dienaangaande zijn vastgelegd in de op 18 april 2018 gesloten Ontwikkelovereenkomst Het Groene Net Zuid ("**Ontwikkelovereenkomst**").
- 2.10. Partijen bij de Ontwikkelovereenkomst zijn: de SOK partijen, de Provincie en Enpuls B.V. De Ontwikkelovereenkomst had, behoudens verlenging, een looptijd tot 18 april 2020. Tijdens de looptijd van de Ontwikkelovereenkomst is het niet gelukt om concrete afspraken te maken om te komen tot ontwikkeling van HGN Zuid. Van de mogelijkheid tot verlenging van de Ontwikkelovereenkomst is geen gebruik gemaakt. De Ontwikkelovereenkomst heeft daarmee thans geen rechtskracht meer.
- 2.11. Met betrekking tot de ontwikkeling van HGN Zuid ligt de samenwerking met Ennatuurlijk sindsdien de facto stil. Ennatuurlijk is de afgelopen periode op de hoogte gebracht van de van overheidswege gestarte initiatieven en onderzoeken om HGN Zuid van de grond te krijgen (i.e. ambtelijke werkgroep en JTM-werkgroep). Ennatuurlijk heeft binnen deze kaders aan een enkel gesprek deelgenomen en vragen beantwoord, maar zelf geen enkel initiatief ontplooit om samen met haar publieke partners aan de slag te gaan met de ontwikkeling en daaropvolgende realisatie van HGN Zuid.

Verwatering HGN Noord

- 2.12. Eind 2019 heeft HGN Noord een verzoek tot een kapitaalinjectie gedaan. Omdat het College van Sittard-Geleen niet heeft ingestemd met het doen van een extra kapitaalstorting en Ennatuurlijk wel een aanvullende kapitaalstorting in HGN Noord heeft gedaan, is er tussen partijen overeengekomen dat MSW in haar aandelenbezit in HGN zou verwateren.
- 2.13. De aandelenverhouding in HGN is thans dat MSW ongeveer 35% van de aandelen bezit; de overige aandelen zijn in het bezit van Ennatuurlijk. Aanvullend hebben partijen op een aantal

⁵ Op grond van artikel 24.5 SOK is uitbreiding binnen de Provincie Limburg mogelijk, indien partijen daar unaniem toe besluiten: "(...) Indien en zodra Partijen zulks unaniem besluiten en mits rechtens mogelijk kan het Exploitatiegebied worden uitgebreid naar andere gemeenten in de provincie Limburg, die alsdan zullen toetreden tot deze Overeenkomst of een gewijzigde variant hiervan."

⁶ Dit laatste mede op verzoek van gemeenten die grenzen aan de Westelijke Mijnstreek.

punten bescherming voor MSW als minderheidsaandeelhouder in HGN Noord afgesproken. In HGNO is de aandelenverhouding tussen MSW en Ennnatuurlijk nog steeds 50%/50%.

- 2.14. Met betrekking tot HGN Noord hebben Sittard-Geleen en Ennnatuurlijk aldus besloten om in afwijking van de SOK te kiezen voor een andere invulling van de samenwerking.⁷ Deze gewijzigde afspraken gelden niet voor HGN Zuid. Dit betekent dat ten aanzien van HGN Zuid de betrokken partijen jegens elkaar nog onverkort gebonden zijn aan de in de SOK neergelegde afspraken, waaronder het uitgangspunt van een 50/50 samenwerking en het exclusieve recht (en de plicht) voor HGN/HGNO tot het ontwerpen, realiseren, onderhouden en zo nodig vervangen, beheren en exploiteren van een warmtenetwerk ten behoeve van de distributie en levering van warmte en koude binnen het grondgebied van de Gemeenten.

Warmtenet Zuid-Limburg

- 2.15. Gelet op de op Gemeenten rustende klimaatverplichtingen en de constatering dat in de transitievisies warmte van een groot aantal Zuid-Limburgse gemeenten een collectief warmtenet als mogelijke warmtestrategie wordt benoemd, zijn 10 Zuid-Limburgse gemeenten en de Provincie onder de naam “Warmtenet Zuid-Limburg” (“WZL”) een initiatief gestart om de haalbaarheid daarvan te onderzoeken. In het Procesplan WZL wordt de doelstelling van dit initiatief als volgt omschreven:

“In dit proces zal samen met belanghebbende gemeenten en RES-partners worden verkend op welke mogelijke manieren, en met welke mogelijke partners, het gezamenlijk organiseren van uitvoeringskracht, kennis en kunde mogelijk is om een grootschalig collectief warmtenet te realiseren in Zuid-Limburg.”

- 2.16. Het betreft een brede verkenning waarin de WZL-werkgroep met alle (potentiële) belanghebbenden praat. Het streven is om zomer 2023 een position paper op te leveren en in beeld te krijgen met welke partijen een volgende stap gezet zou kunnen worden

Dubbelrol Gemeenten

- 2.17. De Gemeenten zijn partij bij de SOK én deelnemer aan het WZL-initiatief. Zoals eerder toegelicht, staat de aan HGN verleende exclusiviteit er op dit moment aan in de weg dat de Gemeenten (voor zover het hun grondgebied betreft) participeren in en/of publiekrechtelijke medewerking verlenen aan een ander warmte initiatief dan Het Groene Net.

⁷ In artikel 5 lid 3 van de met het oog op de aangepaste samenwerking voor HGN Noord gesloten nieuwe aandeelhouders-overeenkomst ligt een verplichting besloten tot aanpassing van de SOK, indien de SOK strijdig is met de aandeelhoudersovereenkomst. De SOK is hiermee feitelijk geactualiseerd aan de nieuwe verhoudingen in HGN, maar de juridische aanpassing van de SOK heeft nog niet plaatsgevonden (dit had uiterlijk 14 augustus 2020 moeten zijn gebeurd volgens het bepaalde in artikel 5.3).

Standpunt Ennatuurlijk

- 2.18. Eén van de partijen waar de WZL-werkgroep de afgelopen tijd mee heeft gesproken is Ennatuurlijk. Tijdens dit gesprek is onder meer stil gestaan bij de bestaande samenwerking voor Het Groene Net en de in dat kader aan HGN verleende exclusiviteit voor het grondgebied van de Gemeenten.
- 2.19. Ennatuurlijk heeft zich in dit gesprek, mede onder verwijzing naar het wetgevingstraject voor de Wet Collectieve Warmtevoorziening ("Wcw"), (opnieuw) afwachtend opgesteld. De vraag "Hoe ziet u het WZL-traject in relatie tot de bestaande Samenwerkingsovereenkomst?" werd door Ennatuurlijk als volgt beantwoord:

"Ennatuurlijk houdt vast aan de positie van de bestaande SOK (...)

Ennatuurlijk/HGN wil eerst afwachten wat de regio vindt. Op punt van meerderheidsaandeel na, zijn andere punten nog steeds hetzelfde als hetgeen men destijds gesteld heeft. Men stelt dat Ennatuurlijk niet de partij is die als eerste aan zet is. Er is veel tijd geïnvesteerd in gesprekken met de provincie Limburg om de risico's beter te doorgronden. Ennatuurlijk stelt dat zij een tender gewonnen hebben, daar jaren aan ontwikkeld hebben en niet bereid zijn om die positie zomaar op te geven.

Daartegen staat dat men wel bereid is om nieuwe ontwikkelingen te bekijken. Men stelt dat indien daar een geheel ander verhaal uitkomt, we met elkaar het gesprek moeten aangaan over wat dat betekent voor de positie die er al was. Ennatuurlijk is bereid om over alle twee opties te praten. Na deze ronde ontstaan er mogelijk scenario's of opties. Het is goed om dan door te praten over deze mogelijkheden. Linksom of rechtsom zullen we met elkaar in gesprek moeten blijven."

3. SCENARIO'S

- 3.1. Duidelijk is dat de Gemeenten, indien zij aangehaakt wensen te blijven bij WZL, een oplossing moeten vinden voor de eerder aan HGN verleende exclusiviteit. Wij bespraken dat er op hoofdlijnen drie mogelijke scenario's zijn:
- (i) De Gemeenten en Ennatuurlijk bereiken in overleg overeenstemming over een aanpassing van de SOK, die voor de Gemeenten de weg vrijmaakt om deel te nemen aan WZL;
 - (ii) De samenwerking met Ennatuurlijk blijft intact en vanuit HGN Zuid wordt de samenwerking gezocht met WZL.
 - (iii) MSW/de Gemeenten wensen de SOK eenzijdig te beëindigen c.q. open te breken;
- 3.2. In het hiernavolgende worden de belangrijkste juridische implicaties, mogelijkheden en onmogelijkheden van deze scenario's in beeld gebracht.

(i) Gemeenten en Ennatuurlijk besluiten in overleg tot aanpassing / beëindiging van de SOK

- 3.3. Vanuit juridisch oogpunt is dit het meest eenvoudige scenario. Artikel 18.1 SOK bepaalt weliswaar dat tussentijdse beëindiging is uitgesloten, maar dit staat er niet aan in de weg dat partijen in onderlig overleg besluiten om hun samenwerking te beëindigen dan wel anders vorm te geven. Artikel 24.3 SOK schrijft voor dat dit soort afspraken schriftelijk moeten worden vastgelegd in een door partijen ondertekend document
- 3.4. Een te verkennen route zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat HGN Noord naar de toekomst toe geheel zelfstandig door Ennatuurlijk wordt voortgezet en partijen de samenwerking met betrekking tot HGN Zuid staken. In dit scenario zou MSW haar aandelen in HGN Noord moeten overdragen aan Ennatuurlijk. Met betrekking tot HGNO zouden de Gemeenten, gelet op de door HGNO met Sabic gemaakte afspraken over de levering van restwarmte aan Het Groene Net, er op in moeten zetten dat MSW de aandelen van Ennatuurlijk in HGNO overneemt. Daarmee wordt voorkomen dat Ennatuurlijk op enig moment in de toekomst als (mede-)eigenaar van HGNO tracht te voorkomen dat het WZL-initiatief buiten haar om wordt ontwikkeld. Verder heeft het als voordeel dat de Gemeenten via MSW en HGNO hun positie met betrekking tot afname van Sabic warmte behouden. Bij liquidatie van HGNO komt deze positie te vervallen.
- 3.5. Omdat de SOK het resultaat is van een aanbestedingsprocedure dient bij het wijzigen van de samenwerking gedurende de looptijd van de overeenkomst rekening te worden gehouden met het aanbestedingsrecht. Het wezenlijk wijzigen van de SOK is aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan en dwingt in beginsel tot een nieuwe aanbesteding.⁸
- 3.6. Bij wezenlijke wijziging van de SOK (zonder nieuwe aanbesteding) gelden de volgende risico's.
- Vernietiging overeenkomst*
- 3.7. Een reeds gesloten overeenkomst kan door de rechter worden vernietigd wanneer blijkt dat die zonder heraanbesteding wezenlijk is gewijzigd (art. 4:15 lid 1 sub a Aw). Vernietiging heeft naar Nederlands recht terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 BW). Het gevolg hiervan is dat de over en weer uitgevoerde verplichtingen van de overeenkomst ongedaan gemaakt moeten worden (art. 6:203 BW). Is dat vanwege de aard van de verplichting niet mogelijk, dan ontstaat een plicht tot waardevergoeding (6:210 BW).
- 3.8. Vernietiging van een overeenkomst kan niet door de voorzieningenrechter worden uitgesproken. Een derde-belanghebbende zal hiervoor dus een bodemprocedure moeten starten. Wel kan een belanghebbende in kort geding opschorting van de overeenkomst vorderen, vooruitlopend op eventuele vernietiging door de rechter in de bodemprocedure. Een belanghebbende dient zowel de aanbestedende dienst als zijn wederpartij te dagvaarden omdat de vernietiging anders zonder effect blijft in de rechtsverhouding tussen hen.

⁸ Het niet-aanbesteden van een opdracht na een wezenlijke wijziging valt onder de vernietigingsgronden van artikel 4:15 lid 1 Aw 2012 (vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094, rov. 6.32).

- 3.9. Om redenen van rechtszekerheid bepaalt de Aanbestedingswet dat een vordering tot vernietiging moet worden ingesteld uiterlijk binnen zes maanden na ondertekening van de betwiste overeenkomst (art. 4.15 lid 2 sub b Aw). Na het verstrijken van deze termijn kan de overeenkomst niet meer worden aangetast. De aanbestedende dienst en zijn contractspartij(en) weten dan dus zeker dat de overeenkomst in stand blijft.
- 3.10. Een rechter kan op grond van artikel 4.18 lid 1 Aw afzien van vernietiging indien dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. Artikel 18 lid 2 Aw bepaalt dat economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst, geen dwingende reden als bedoeld in artikel 18 lid 1 Aw vormen. Zodanige belangen omvatten onder meer de kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de overeenkomst, de kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de overeenkomst uitvoert, en de kosten van de wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de vernietiging.
- 3.11. Indien de rechter afziet van vernietiging wegens het algemeen belang, kan hij op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve de looptijd van de overeenkomst verkorten (art. 4.18 Aw). In dat geval legt de Autoriteit Consument en Markt een bestuurlijke boete op aan de aanbestedende dienst (art. 4.21 Aw).
- Accountantsverklaring met beperking of afkeurende verklaring*
- 3.12. Een ander risico dat de Gemeenten lopen is dat zij in het kader van de jaarlijkse controle van de financiën op rechtmatigheid en getrouwheid een accountantsverklaring met een beperking of afkeurende verklaring krijgen wegens het niet correct naleven van de aanbestedingsregels.
- 3.13. Ten aanzien van een scenario waarbij Ennatuurlijk alleen verder gaat met HGN Noord en de samenwerking met betrekking tot HGN Zuid wordt gestaakt voorzien wij geen aanbestedingsrechtelijke problemen. De verwatering in HGN Noord heeft indertijd niet geleid tot aanbestedingsrechtelijke bezwaren van andere marktpartijen of opmerkingen van de accountant. Onze verwachting is dat dit niet anders zal zijn bij een volledige exit van MSW uit HGN Noord, mits HGN Zuid wordt “teruggegeven”.
- 3.14. De hamvraag is of Ennatuurlijk, in ruil voor volledige zeggenschap over HGN Noord, bereid is om haar positie met betrekking tot HGN Zuid en HGNO op te geven. Dit zal mede afhangen van de uitkomst van het wetgevingstraject voor de Wcw en het beschikbaar komen van publieke middelen voor de ontwikkeling van duurzame warmtenetten. Wij komen hierop terug in hoofdstuk 4 van dit memo.

(ii) Samenwerking HGN Zuid - WZL

- 3.15. Een tweede optie die wij zien is een scenario waarbij de bestaande (maar slapende) samenwerking voor HGN Zuid wordt ingevlochten in WZL. HGN Zuid (een 50/50 samenwerking tussen Ennatuurlijk en MSW) zou dan de rol van warmteleveringsbedrijf krijgen in de

Gemeenten en de daarvoor benodigde warmte inkopen bij warmtenetbedrijf WZL die eigenaar is van de warmteinfrastructuur.

- 3.16. Op dit moment is onzeker of een dergelijk scenario mogelijk is onder de Wcw. In de kamerbrief van Jetten van 21 oktober 2022 (Wcw, besluit infrastructuur in publieke handen) geeft de minister aan geen voorstander te zijn van een gesplitst model:

“Verder blijf ik, in overeenstemming met de visie van gemeenten, provincies en warmtebedrijven, vasthouden aan een ander centraal uitgangspunt in de Wcw: de integrale (eind)verantwoordelijkheid van een aangewezen warmtebedrijf voor zowel aanleg en beheer van de infrastructuur als voor de warmtelevering en productie of inkoop van warmte. Ik sta met andere woorden geen zogenaamd ‘gesplitst model’ voor, waarbij de verantwoordelijkheid voor de productie en levering van warmte en voor de infrastructuur bij twee aparte bedrijven belegd zijn.”

- 3.17. Verder dienen ook bij dit scenario de mogelijke aanbestedingsrechtelijke consequenties onder ogen te worden gezien. De SOK gaat er vanuit dat HGN als integraal warmtebedrijf opereert (vgl. de definitie van Exploitatie in art. 1.1 sub k SOK). Dit is in lijn met wat tijdens de concurrentiegerichtte dialoog vanuit de Gemeenten is gecommuniceerd over de scope van de concessie.
- 3.18. Zoals aangegeven in het advies van 4 maart 2021, hebben de Gemeenten tijdens de dialoogfase van de aanbesteding aangegeven een sterke voorkeur te hebben voor een samenwerking waarbij de risico's ten aanzien van het gehele warmtebedrijf pro rata door de private en publieke partners worden gedeeld. Een voorstel van één van de gegadigden om te kiezen voor een structuur waarbij het warmtebedrijf zou worden gesplitst in een transportbedrijf met (in meerderheid) publieke aandeelhouders en een 50/50 leveringsbedrijf is door de Gemeenten afgewezen.

Uitvraag ronde 4, concurrentiegerichtte dialoog Het Groene Net

Organisatie: de aanbestedende dienst wenst voorlopig uit te gaan van één geïntegreerd bedrijf waarin zowel de aanleg en het beheer van de infrastructuur als de commerciële exploitatieactiviteiten zijn opgenomen, dan wel een projectorganisatie voor de aanleg en een exploitatiebedrijf voor technische en commerciële exploitatie. De motivatie hiervoor is het creëren van synergievoordelen door het voorkomen van tegenstrijdige belangen tussen netwerkbedrijf en leveringsbedrijf en het minimaliseren van transactie- en beheerskosten. En om de risico's van aanleg en exploitatie van de totale infrastructuur te minimaliseren. Een splitsing tussen eigenaarschap van backbone en distributienetwerk past hier niet bij in de ogen van de aanbestedende dienst.

- 3.19. Voor de betreffende gegadigde is deze boodschap aanleiding geweest om zich terug te trekken uit de aanbesteding en geen inschrijving te doen.

- 3.20. Gezien het voorgaande kwalificeert een scenario waarbij HGN Zuid binnen de Gemeenten enkel de rol van warmteleveringsbedrijf zou gaan vervullen zeer waarschijnlijk als een wezenlijke wijziging ten opzichte van de SOK. Als gezegd, is uitgangspunt dat een dergelijke wijziging niet zonder nieuwe aanbestedingsprocedure mag worden uitgevoerd. De Aanbestedingswet voorziet in een aantal uitzonderingen op deze hoofdregel. Een uitzondering waar mogelijk een beroep op kan worden gedaan betreft artikel 2.163e Aw (onvoorziene omstandigheden).
- 3.21. Als zich omstandigheden voordoen die de aanbestedende dienst niet kon voorzien, dan mag de opdracht zonder een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure worden gewijzigd, mits de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht betekent en de prijs van de wijziging niet hoger is dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.
- 3.22. Het moet gaan om externe omstandigheden die de aanbestedende dienst niet kon voorzien, ondanks een normale zorgvuldige voorbereiding van de oorspronkelijke gunning. Afgaande van wat erover bekend is, achten wij goed verdedigbaar dat met de Wcw sprake is van een onvoorziene omstandigheid in bovengenoemde zin. Het 50% criterium vormt evenmin een issue. Mogelijk wel een probleem is de voorwaarde dat de aard van de opdracht niet wezenlijk mag wijzigen. De vraag is of een wijziging waarbij HGN Zuid als concessienemer niet zelf verantwoordelijk is voor de productie van warmte maakt dat de algemene aard van de concessie wijzigt.
- 3.23. In de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet geeft de wetgever aan dat door de wijziging niet een geheel andere opdracht mag ontstaan. Als voorbeeld wordt gegeven dat een overheidsopdracht voor leveringen niet mag veranderen in een werkenopdracht.⁹ Onder verwijzing naar dat voorbeeld zouden partijen hier het standpunt in kunnen nemen dat bij scenario 2 de aard van de concessie niet wijzigt (het is en blijft een dienstenconcessie). Geheel zonder risico is deze redenering echter niet.
- 3.24. Een andere vraag is of als sprake is van een wezenlijke wijziging en geen beroep kan worden gedaan op de uitzondering voor onvoorzienbare omstandigheden dit ook leidt tot een bezwaar van één of meerdere marktpartijen. Over de kans daarop kunnen wij niet adviseren. Wel constateren wij dat de afgelopen jaren bij veel publiek-private warmte initiatieven wijzigingen zijn doorgevoerd en dit, voor zover ons bekend, nog niet heeft geresulteerd in juridische procedures.
- 3.25. Ook voor dit scenario geldt overigens dat Ennatuurlijk er mee in zal moeten stemmen.¹⁰

⁹ MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34239, 3 p. 93).

¹⁰ N.B. Hetzelfde geldt voor het tijdens de bespreking op 25 mei jl. genoemde scenario waarbij de gemeenten 100% van de aandelen in HGN Zuid zou gaan houden en Ennatuurlijk voor een deel van de werkzaamheden als dienstverlener contracteert. Dit levert een wezenlijke wijziging op van de SOK waardoor de onderhandse inschakeling van Ennatuurlijk op aanbestedingsrechtelijke gronden kan worden aangevochten.

(iii) Gemeenten wensen de SOK m.b.t. HGN Zuid eenzijdig te beëindigen

- 3.26. Zoals eerder vermeld, bevat de SOK geen mogelijkheid om deze (tussentijds) eenzijdig te beëindigen c.q. open te breken. De SOK en ook de aandeelhoudersovereenkomst met betrekking tot HGNO¹¹, d.d. 30 juni 2015 (“**AHO 2015**”) en de aandeelhoudersovereenkomst met betrekking tot HGN, d.d. 15 juni 2020 (“**AHO 2020**”) bevatten wel enkele bepalingen die ertoe kunnen leiden dat de SOK tussentijds (van rechtswege) eindigt ten aanzien van een bepaalde partij. In de SOK en de AHO 2015 zijn namelijk enkele gronden opgenomen die leiden tot de plicht voor een aandeelhouder om de door hem gehouden aandelen in HGNO over te dragen aan de andere aandeelhouder(s). Voorts bevat de AHO 2020 gronden waarop een aandeelhouder zijn aandelen in HGN dient aan te bieden.
- 3.27. In artikel 8.8 AHO 2015 is bepaald dat de SOK en AHO 2015 (van rechtswege) eindigen ten aanzien van een partij, indien die partij niet langer aandeelhouder is van HGNO. AHO 2020 bevat een dergelijke bepaling niet. In artikel 24.8 SOK is echter wel bepaald dat indien een partij geen aandeelhouder (van HGN en/of HGNO) meer is, de SOK van rechtswege zal eindigen ten aanzien van die partij.
- 3.28. Artikel 24.8 SOK luidt als volgt:

“Uitsluitend Ennatuurlijk en Mijn Streekwarmte B.V. kunnen aandeelhouder zijn van het Groene Net B.V. en Groene Net Ontwikkel B.V. tenzij de Aandeelhouders unaniem anders besluiten (met uitsluiting dus van het geschilbeslechtsmechanisme van artikel 7.2), in welk geval de toetredende aandeelhouder partij moet worden bij de Overeenkomst en Aandeelhoudersovereenkomst. Indien ofwel Ennatuurlijk ofwel Mijn Streekwarmte B.V. geen Aandeelhouder meer is eindigt de Overeenkomst en de Aandeelhoudersovereenkomst ten aanzien van hen van rechtswege.”

Verplichte aanbieding van aandelen HGN en/of HGNO ‘triggeren’

- 3.29. Artikel 6.1 AHO 2015 bepaalt dat een aandeelhouder (d.w.z. Ennatuurlijk of MSW) verplicht is de aandelen in HGNO over te dragen aan de andere aandeelhouder, indien de betreffende aandeelhouder (i) wordt ontbonden en ophoudt te bestaan, (ii) in surseance van betaling of in staat van faillissement verkeert of (iii) de aandelen in HGNO overdraagt zonder een schriftelijk unaniem goedkeuringsbesluit van de algemene vergadering (bestaande uit Ennatuurlijk en MSW), mits de andere aandeelhouder bereid is de aandelen over te nemen. In een dergelijke situatie geldt op grond van artikel 6.3 AHO 2015 een koopprijs gelijk aan 50% van de marktwaarde. Indien de aandelen daadwerkelijk worden overgedragen aan de andere aandeelhouder, heeft dit tot gevolg dat de SOK en de AHO 2015 per dat moment van rechtswege eindigen ten aanzien van de overdragende aandeelhouder. De SOK en AHO 2015 bepalen niet wat er gebeurt indien de aandelen van een aandeelhouder die verplicht moet aanbieden niet worden overgenomen. Daaruit kan worden geconcludeerd dat de betreffende

¹¹ De AHO 2015 is niet langer van toepassing op HGN.

partij in dat geval aandeelhouder blijft met behoud van alle bijbehorende rechten en verplichtingen.

- 3.30. Op grond van artikel 16.2 AHO 2020 dient een aandeelhouder zijn aandelen, onder meer, over te dragen indien (i) Gemeente Sittard-Geleen niet langer enig aandeelhouder is van MSW (behoudens indien de gemeenten Beek en/of Stein medeaandeelhouder worden), (ii) ontbonden of in staat van faillissement verkeert of (iii) ophoudt te bestaan als gevolg van een juridische fusie of splitsing. De koopprijs is gelijk aan de marktwaarde. AHO 2020 bevat geen plicht voor de andere aandeelhouder(s) en/of HGN om de betreffende aandelen over te nemen. Daaruit kan worden geconcludeerd dat de betreffende partij in dat geval aandeelhouder blijft met behoud van alle bijbehorende rechten en verplichtingen.
- 3.31. MSW zou mogelijk zelfstandig een aanbiedingsplicht kunnen 'triggeren' onder de AHO 2015 en de AHO 2020 (door bijv. MSW te ontbinden¹² of het faillissement aan te vragen) en daarmee kunnen proberen aan te sturen op een beëindigen van de SOK ten aanzien van MSW conform het bepaalde in artikel 24.8 SOK (en 8.8 AHO 2015). Deze route kent echter een aantal haken en ogen:
- De vraag is of MSW, en Gemeente Sittard-Geleen als enig aandeelhouder van MSW, deze route zou moeten willen bewandelen. Het is zeer goed mogelijk dat het moedwillig opblazen van een langdurige samenwerkingsovereenkomst door een aanbiedingsplicht te 'triggeren' zonder dat hier een goede grond voor is zal worden gezien als onzorgvuldig handelen en/of handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid (als overheidsinstantie en/of als aandeelhouder);
 - Verder heeft dit scenario tot gevolg dat de Gemeenten niet alleen hun positie in HGN Noord, maar ook in HGNO, verliezen. Gelet op de door HGNO met Sabic gemaakte afspraken over warmtelevering is dat niet wenselijk;
 - Daarnaast geldt dat de medewerking van Ennatuurlijk vereist is om de aandelen HGN en HGNO over te dragen. Enkel indien Ennatuurlijk bereid is de aandelen in HGN en HGNO over te nemen, eindigen de SOK, AHO 2015 en AHO 2020 ten aanzien van MSW. Indien Ennatuurlijk niet bereid is de aandelen in HGN en HGNO over te nemen, blijft MSW aandeelhouder in HGN HGNO en blijven dus ook de SOK, de AHO 2015 en de AHO 2020 ten aanzien van MSW van kracht;
 - Voorts leidt de overdracht van de aandelen in HGN en HGNO door MSW enkel tot beëindiging van de SOK voor MSW. Echter, de Gemeenten zijn ook zelfstandig partij bij de SOK. Een overdracht van de aandelen in HGN en HGNO door MSW resulteert voor de Gemeenten niet in een beëindiging van de SOK; het blijft de Gemeenten dan

¹² Indien MSW ontbonden zou worden, dienen eerst de aandelen in HGNO en HGN te worden overgedragen. Zolang MSW nog over baten beschikt, kan niet worden overgegaan tot ontbinding en vereffening. Voor deze overdracht is medewerking van Ennatuurlijk vereist.

op grond van artikel 2.3 SOK verboden om op enigerlei wijze betrokken te zijn bij de exploitatie van een warmtenet vergelijkbaar met Het Groene Net binnen het grondgebied van de Gemeenten; voorts blijven alle overige verplichtingen uit de SOK die gelden voor de Gemeenten onverkort van kracht;

- Tot slot zou Ennatuurlijk/HGN mogelijk het standpunt kunnen innemen dat HGN op grond van artikel 4.1 d. SOK het exclusieve recht heeft Het Groene Net te realiseren ten aanzien van een kraal. Dit kan mogelijk verhinderen dat de Gemeenten buiten HGN een warmtenet gaan realiseren met betrekking tot een kraal.

4. ADVIES

- 4.1. Wij adviseren de hiervoor geschetste route van de verplichte aanbieding niet te bewandelen. Het afbreukrisico is groot en de kans op succes is beperkt. Bovendien blijven de Gemeenten gebonden aan de SOK waardoor deelname aan het initiatief van WZL niet is toegestaan voor de Gemeenten op grond van artikel 2.3 SOK en verliezen de gemeenten hun positie in HGNO.
- 4.2. Gezien de wens van de Gemeenten om aangehaakt te blijven bij het WZL-initiatief adviseren wij vanuit MSW op korte termijn het gesprek aan te gaan met de directie van Ennatuurlijk in het bijzijn van juristen. De insteek van het gesprek zou moeten zijn te komen tot een aanpassing van de SOK die de weg vrijmaakt voor de Gemeenten om te participeren in het WZL-initiatief.
- 4.3. In het verlengde c.q. als onderdeel van het eerste scenario zoals geschetst in dit memo, zou in overleg met Ennatuurlijk bekeken kunnen worden of MSW de door haar gehouden aandelen in HGN over zou kunnen dragen aan Ennatuurlijk tegen nader overeen te komen voorwaarden en een nader overeen te komen prijs, waarbij onderdeel van de deal zou moeten zijn dat MSW en de Gemeenten niet langer gebonden zullen zijn aan de verplichtingen onder de SOK, c.q. dat de SOK eindigt en Ennatuurlijk haar aandelen in HGNO overdraagt aan MSW.¹³
- 4.4. Onderdeel van de afspraken zou kunnen zijn dat HGN/Ennatuurlijk het exclusieve recht behouden ten aanzien van HGN Noord en dat MSW en de Gemeenten zich zullen onthouden van activiteiten die concurreren met die van HGN Noord. Andersom zou het MSW en de Gemeenten dan vrij moeten staan om andere initiatieven ten aanzien van warmtenetten (die niet concurreren met HGN Noord) te gaan ontwikkelen, realiseren en/of exploiteren, waaronder begrepen HGN Zuid/het initiatief van WZL.
- 4.5. De door Ennatuurlijk en MSW te betalen koopprijs voor de aandelen in respectievelijk HGN en HGNO zou bijvoorbeeld verrekend kunnen worden met een door de Gemeenten en MSW te betalen vergoeding voor de afwikkeling van de SOK. De hoogte van een dergelijke vergoeding

¹³ Op grond van artikel 24.8 SOK en artikel 8.8 AHO 2015 kunnen de aandelen in HGNO uitsluitend worden overgedragen aan MSW of Ennatuurlijk (behoudens indien Ennatuurlijk en MSW unaniem anders bepalen). Daarnaast bevatten de statuten van HGNO een kwaliteitseis die inhoudt dat aandeelhouders uitsluitend partijen kunnen zijn die partij zijn bij de AHO 2015 en de SOK. Een notaris zal niet meewerken aan een overdracht van de aandelen in strijd met de kwaliteitseis.

dient uiteraard nader overeengekomen te worden tussen partijen.¹⁴ Op die manier staat het Ennatuurlijk vrij om naar eigen inzicht door te gaan met de realisatie van HGN Noord en hebben MSW en de Gemeenten hun handen vrij om een eigen initiatief te ontplooiën ten aanzien van andere initiatieven, waaronder het initiatief van WZL.

- 4.6. De Wet collectieve warmtevoorziening ('**Wcw**') staat er onzes inziens niet aan in de weg dat MSW haar aandelen in HGN Noord overdraagt aan Ennatuurlijk. Uit de kamerbrief van minister Jetten van 21 oktober 2022 ('**Kamerbrief**') volgt dat gemeenten vanaf de inwerkingtreding van de Wcw in beginsel alleen nog warmtebedrijven voor nieuwe warmtekavels mogen aanwijzen, waarbij de infrastructuur in publieke handen is.¹⁵ Dit houdt in dat:
- de infrastructuur in handen is van een of meerdere publieke partijen; of
 - een of meerdere publieke partijen door een meerderheidsaandeel (minimaal 51%) in het warmtebedrijf doorslaggevende zeggenschap hebben over de infrastructuur.
- 4.7. Het streven is dat de Wcw op 1 juli 2024 inwerking zal treden. Vanaf de inwerkingtreding van de wet zal er een ingroeiperiode gelden. Dit houdt in dat gedurende de eerste 7 jaar gemeenten nog warmtebedrijven kunnen aanwijzen, die niet voldoen aan het vereiste van infrastructuur in publieke handen. Dit mag alleen indien er geen warmtebedrijf beschikbaar is die wel aan de vereisten voldoet.
- 4.8. Voor bestaande situaties en warmtebedrijven die worden aangewezen tijdens de ingroeiperiode en die niet aan de vereisten van de Wcw voldoen, gaat overgangsrecht gelden. Dit overgangsrecht gaat uit van uitgestelde werking.
- 4.9. Het overgangsrecht heeft als doel bedrijven in de gelegenheid te stellen om investeringen in warmtenetten vóór de inwerkingtreding van de Wcw terug te verdienen en om compensatie- of schadeplicht door onteigening te voorkomen. Warmtebedrijven die niet voldoen zullen 20 tot 30 jaar de tijd krijgen om hun investeringen terug te verdienen. Wanneer deze termijn (van 20 of 30 jaar) ingaat, vermeldt de Kamerbrief niet.
- 4.10. De Wcw zal, naar het zich laat aanzien (het wetsvoorstel is nog altijd niet gepubliceerd), aldus geen directe verplichting triggeren om de governance van bestaande warmtebedrijven zonder publieke meerderheidsaandeelhouder aan te passen. Ook lees ik in de Kamerbrief van Jetten geen verbod voor gemeenten om hun aandelen in een bestaand warmtebedrijf over te dragen aan een private partij.

¹⁴ Vanwege de door MSW als gemeente B.V. in acht te nemen staatssteun regels dient het geheel aan afspraken per saldo marktconform te zijn.

¹⁵ Een publieke partij is een partij waarbij de aandelen direct of indirect in bezit zijn van de staat, een provincie, een gemeente of een ander openbaar lichaam. De minister voorziet onder de Wcw nadrukkelijk een rol voor publieke netwerkbedrijven in de warmtetransitie. Netwerkbedrijven met publieke aandeelhouders vallen onder de definitie van publieke partij.

- 4.11. Pas na de overgangsperiode van 20 of 30 jaar, althans de resterende looptijd van de SOK (de Kamerbrief is daar niet duidelijk over) gaat voor HGN Noord als bestaand warmtebedrijf de publieke eigendom verplichting gelden. Over hoe te zijner tijd deze verplichting moet worden nageleefd, bestaat op basis van de Kamerbrief nog veel onduidelijkheid.
- 4.12. Vanuit MSW kunnen onder meer de volgende argumenten worden aangedragen ter onderbouwing van het standpunt dat op Ennatuurlijk een juridische verplichting rust om medewerking te verlenen aan een aanpassing van de SOK, dan wel toe te staan dat de Gemeenten participeren in het WZL-initiatief:
- Met betrekking tot HGN Zuid is inmiddels genoegzaam duidelijk dat deze, mede vanwege onvoorziene nieuwe wetgeving, binnen de kaders van de SOK niet tot ontwikkeling komt. Als private partner en medeaandeelhouder handelt Ennatuurlijk onder die omstandigheden in strijd met de jegens MSW en de Gemeenten in acht te nemen redelijkheid en billijkheid wanneer zij de totstandkoming van een alternatief duurzaam warmte initiatief binnen het grondgebied van de Gemeenten frustreert door deze partijen onverkort aan de SOK te houden.
 - De Gemeenten zijn op grond van het Klimaatakkoord verplicht om te komen tot een gasloze bebouwde omgeving. Met betrekking tot HGN Zuid moet worden geconcludeerd dat de SOK er in de weg staat dat de Gemeenten deze publiekrechtelijke verplichting nakomen. Met een beroep op artikel 17.1 SOK (*"Het bepaalde in de Overeenkomst laat de publiekrechtelijke positie, verplichtingen, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de Gemeenten onverlet (...)"*) kunnen de Gemeenten betogen dat Ennatuurlijk moet toestaan dat de Gemeenten – nu de HGN Zuid samenwerking op slot zit – op andere wijze dan via de SOK invulling geven aan hun verplichting om van het gas af te komen.
 - Het scenario dat HGN Zuid überhaupt niet tot ontwikkeling zou komen, is in de SOK niet voorzien. Partijen hebben op grond van artikel 24.5 SOK de plicht om indien zich een situatie voordoet anders dan omschreven, benoemd of voorzien in de SOK en die noopt tot aanpassing van de SOK, al het nodige en redelijke overleg te voeren en zich ten volle in te spannen om tot een dergelijke aanpassing te komen. Ennatuurlijk is op grond van deze bepaling verplicht om in redelijk overleg met MSW en Gemeenten tot een aanpassing van de SOK te komen.
 - Voorts rust op grond van de in het kader van de verwatering met betrekking tot HGN Noord gesloten aandeelhoudersovereenkomst er een verplichting op partijen om de SOK aan te passen voor zover deze strijdig is met de nieuwe aandeelhoudersovereenkomst. Dit had uiterlijk op 14 augustus 2020 moeten zijn gebeurd. MSW kan onder verwijzing naar deze afspraak in de aandeelhoudersovereenkomst actualisering van de SOK afdwingen en in dat kader

onder verwijzing naar de vorige bullets betogen dat de aangepaste SOK enkel nog betrekking moet hebben op HGN Noord.

- 4.13. Indien Ennatuurlijk zich niet door deze argumenten laat overtuigen dan wel probeert de zaak op de lange baan te schuiven, zou het overleg geëscaleerd kunnen worden naar bestuurlijk niveau. Indien ook dat niet leidt tot het gewenste resultaat, zou bij wijze van bindend advies een oordeel kunnen worden gevraagd aan deskundigen over de wijze waarop partijen de samenwerking voor wat betreft HGN Zuid (al dan niet) voortzetten (artikel 24.5 in combinatie met artikel 13.2 SOK).
- 4.14. Ten aanzien van gemeente Stein en gemeente Beek geldt dat hierbij het uitgangspunt is dat indien de deskundigen vaststellen dat realisatie en exploitatie van kraal 3 (gemeente Beek) en/of kraal 4 (gemeente Stein) niet plaatsvindt, de gemeente Beek, respectievelijk de gemeente Stein geen partij meer is bij de SOK vanaf het moment waarop vast komt te staan dat realisatie en exploitatie niet plaatsvinden. Vanaf dat moment zijn gemeente Beek, respectievelijk gemeente Stein dan ook niet meer gebonden aan de exclusiviteitsafpraak van artikel 2.3 SOK. Analooq hieraan zou het geen ondenkbare uitkomst zijn, dat de deskundigen oordelen dat de SOK ook ten aanzien van gemeente Sittard-Geleen dient te eindigen voor zover deze ziet op HGN Zuid; de realisatie en exploitatie van de overige kralen in HGN Zuid vindt immers ook niet plaats.
- 4.15. In plaats van het vragen om een bindend advies zouden de Gemeenten er ook voor kunnen kiezen om de aan HGN verleende exclusiviteit ten aanzien van HGN Zuid eenzijdig in te trekken. Ennatuurlijk zou zich dan op het standpunt kunnen stellen dat de Gemeenten in strijd handelen met de SOK en via de rechter (art. 21.2 SOK) kunnen proberen om nakoming en/of schadevergoeding af te dwingen. Bij de huidige stand van zaken (waarbij mede door Ennatuurlijk is vastgesteld dat de business case voor HGN Zuid binnen de kaders van de SOK niet haalbaar is) lijkt dat geen eenvoudige opgave. Dit zou mogelijk kunnen veranderen als er van overheidswege of anderszins fondsen beschikbaar komen om de onrendabele top van warmteprojecten af te dekken.
- 4.16. Gelet op de lange duur van een juridische procedure, de onzekere uitkomst en de negatieve publiciteit voor de betrokken overheden adviseren wij nog niet voor dit laatste scenario te kiezen en eerst conform artikel 24.5 en artikel 13.1 SOK te proberen in overleg met Ennatuurlijk tot een oplossing te komen. Ennatuurlijk pleegt feitelijk wanprestatie onder de SOK indien zij zich niet inspant om tot een oplossing te komen.
- 4.17. Strategisch lijkt het in dit stadium voor de Gemeenten de meest verstandige keuze om gezamenlijk aan te sturen op een beëindiging van de SOK voor HGN Zuid. Dat geeft maximale vrijheid om andere initiatieven, zoals het WZL-initiatief, te beproeven.
- 4.18. Vanuit de 'samen uit, samen thuis' gedachte kunnen wij ons voorstellen dat de Gemeenten ook samen optrekken in het WZL-initiatief. Zij zouden richting de andere WZL partijen bijvoorbeeld

het standpunt in kunnen nemen, dat zij bereid zijn om het nodige te doen om de SOK voor HGN Zuid te laten eindigen en daarmee de weg vrij te maken voor het WZL-initiatief, op voorwaarde dat wordt toegezegd dat alle drie de Gemeenten worden meegenomen in de WZL-scope. De Gemeenten kunnen (net als alle andere WZL-gemeenten) redelijkerwijs niet bedingen dat alle woningen en bedrijven binnen hun grondgebied worden aangesloten¹⁶, maar kunnen zich als “founding fathers” van het Zuid-Limburgse restwarmte initiatief gezamenlijk wel op het standpunt stellen dat het WZL-netwerk naar alle drie de gemeenten moet worden uitgerold.

¹⁶ In heel dunbevolkte of afgelegen gebieden kan het simpelweg te duur zijn om een aansluiting te realiseren, tenzij de betreffende gemeente daarvoor zelf de kosten wenst te dragen.