Hekkelman Advocaten N.V.
Prins Bernhardstraat 1
6521 AA Nijmegen
www.hekkelman.nl

Postbus 1094
6501 BB Nijmegen
T 024 - 382 83 84
advocatuur@hekkelman.nl

Hekkel man advocaten | notarissen

Gemeente Oss
t.a.v. mevrouw Y. de Graaf
Postbus 5
5340 BA OSS

Per e-mail: Y.de.Graaf@oss.nl

Nijmegen, 10 oktober 2017

Ons kenmerk
Gemeente Oss / Advies windmolenproject Oss
20170503 - 1364478/1- TL/iwi

Telefoonnummer
024 - 382 83 85

E-mail
t.lam@hekkelman.nl

Faxnummer
024 - 382 83 88

Geachte mevrouw De Graaf,

Naar aanleiding van uw e-mail van 5 oktober 2017 treft u hieronder ons advies aan.

1. Achtergrond en adviesvraag

De gemeente Oss wil een planologisch kader scheppen voor de verwezenlijking van een windmolenpark. Op 2 november 2017 zal de gemeenteraad besluiten of gekozen wordt gekozen voor het model "ECO" of dat het windpark wordt ontwikkeld via een aanbesteding (model "Tender").

Het model ECO betreft een aanbod van de Energiecoöperatie Oss ("ECO)", een in Oss gevestigde burgerenergiecoöperatie, om het windmolenpark te bouwen en exploiteren. ECO heeft op 5 oktober 2017 een (aangepast) ontwikkelplan gepresenteerd. In dit advies beoordelen wij dit ontwikkelplan en doen we aanbevelingen voor mogelijke verbeteringen van het plan.

2. Uitgangspunten advies

Dit advies heeft uitsluitend betrekking op het door ECO opgestelde ontwikkelplan gedateerd 5 oktober 2017. Wij zullen in dit advies niet (meer) uitgebreid ingaan op de aanbestedingsrechtelijke aspecten die met een keuze voor het model ECO samenhangen

Hekkelman advocaten en notarissen is de handelsnaam waaronder Hekkelman Advocaten N.V. (KvK nr. 09170462) en Hekkelman Notarissen N.V. (KvK nr. 09170507), beide statutair gevestigd te Nijmegen, ieder voor eigen rekening werken. Op onze dienstverlening zijn van toepassing de algemene voorwaarden, zie ommezijde, waarin onder andere een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen.

en zullen ook geen vergelijking maken met het model "Tender". Voor een uiteenzetting op deze punten verwijzen wij naar onze (concept) adviezen van 15 mei en 9 juni 2017.

Wij zullen in dit advies eerst de beoogde juridische structuur en de financieringsstructuur aan de orde stellen. Vervolgens zullen wij enkele algemene opmerkingen bij het ontwikkelplan plaatsen. Daarna zoomen wij in op de positie van de gemeente bij een faillissement van de projectvennootschap. Wij sluiten af met ons advies en een samenvatting van de risico's die aan het model ECO kleven.

3. De juridische structuur

ECO maakt in haar plan een onderscheid tussen de juridische structuur tijdens de ontwikkelfase en tijdens de exploitatiefase. In beide fasen zijn de stichting Eigen Osse Wind ("EOW"), ECO en de projectvennootschap (in het ontwikkelplan genaamd: Elzenbrug - De Geer B.V.) betrokken. Tijdens de exploitatiefase is er daarnaast een rol toebedacht aan een op te richten duurzaamheidsfonds en de participanten.

Wij hebben de volgende opmerkingen ten aanzien van deze structuur:

- *Onduidelijkheid over nut EOW*
  EOW heeft als doel om het windmolenpark te realiseren. Uit het plan wordt echter niet direct duidelijk welk voordeel het oprichten van EOW heeft. Aangezien de projectvennootschap al in de ontwikkelfase wordt opgericht en ECO stelt dat alle rechten die tijdens de ontwikkeling ontstaan zijn ondergebracht in de projectvennootschap, ligt het voor de hand dat ook de (financiële) verplichtingen direct worden aangegaan door de projectvennootschap. Het is bovendien ook mogelijk om de beoogde bestuurders van EOW te benoemen als bestuurders van de projectvennootschap.

  Het lijkt ons dan ook van belang dat ECO de betrokkenheid van EOW in de ontwikkelfase nader toelicht.

  NB
  Naar onze mening kan EOW wel degelijk van belang zijn, maar dit belang wordt in het plan niet voor het voetlicht gebracht. Zo zou EOW tijdens de ontwikkelfase als enig aandeelhouder van de projectvennootschap op kunnen treden. Op deze wijze heeft ECO tijdens deze fase geen invloed op aandeelhoudersniveau en kan de projectvennootschap (mogelijk) slagvaardiger optreden.

- *Onduidelijkheid over bestuur projectvennootschap*
  In het plan is niet opgenomen wie tijdens de ontwikkelfase bestuurder van de projectvennootschap is. Op de pagina's 11 een 12 van het rapport vermeldt ECO wel dat in eerste instantie wordt gedacht aan EOW als bestuurder, maar uit de context maken wij op dat ECO hier doelt op de exploitatiefase. Op pagina 19 van het rapport wordt vervolgens weer – waarschijnlijk abusievelijk - gesteld dat het de bedoeling is dat EOW wordt geliquideerd. Het ligt wat ons betreft voor de hand dat EOW in ieder geval in de ontwikkelfase bestuurder van de projectvennootschap is.

- *Aandeelhouder projectvennootschap tijdens de ontwikkelfase*
  Het is de bedoeling dat ECO tijdens de ontwikkelfase enig aandeelhouder is van de projectvennootschap. ECO stelt echter dat EOW een stabiele ontwikkelpartner zou zijn omdat EOW, als stichting, niet onderhevig is aan ALV-besluiten en bestuurswisselingen. Het is mede in dat licht bezien vreemd dat in de in het ontwikkelplan gepresenteerde opzet ECO (en niet EOW) tijdens de ontwikkelfase de aandelen in de projectvennootschap houdt. Op deze wijze kan ECO, en dus haar leden, op aandeelhoudersniveau invloed uitoefenen.

  Het feit dat ECO tijdens de ontwikkelfase enig aandeelhouder is van de projectvennootschap valt niet te rijmen met de in het ontwikkelplan geuite wens om stabiliteit te creëren. De leden van ECO bepalen de koers van ECO en kunnen daardoor wel degelijk invloed uitoefenen in de projectvennootschap. Zo kunnen de leden bijvoorbeeld bewerkstelligen dat het bestuur van de projectvennootschap wordt ontslagen. Wat ons betreft ligt het dan ook veel meer voor de hand dat EOW tijdens de ontwikkelfase enig aandeelhouder (en bestuurder) van de projectvennootschap is. Voor zover ECO invloed wil uitoefenen, kunnen hierover afspraken worden gemaakt in de samenwerkingsovereenkomst die tussen ECO en EOW wordt gesloten. Bovendien is één van de bestuurders van EOW tevens bestuurder van ECO, zodat ook op deze wijze ECO invloed heeft binnen EOW.

  Het is verder niet juist dat EOW niet kan worden geconfronteerd met bestuurswisselingen. Ten eerste kunnen bestuurders, om welke reden dan ook, zelf aftreden. Ten tweede zal in de statuten van EOW moeten worden vastgelegd wie het bestuur benoemt en ontslaat. In ieder geval één bestuurder, de bestuurder van ECO, zal door ECO kunnen worden benoemd (en dus ook ontslagen).

- *Aandelenverhouding projectvennootschap tijdens exploitatiefase*
  Zodra de exploitatiefase aanvangt, zal de aandelenverhouding wijzigen. Het is mogelijk om, zoals ECO stelt, winstrechtloze *of* stemrechtloze aandelen uit te geven. Het stemrecht zal aan ECO toekomen, terwijl het winstrecht aan het duurzaamheidsfonds toekomt. De voorgestelde constructie om de winst van de projectvennootschap aan het fonds uit te keren, is in beginsel mogelijk.

- *Winstrechtloos aandeel EOW*
  In de beoogde structuur verkrijgt EOW een winstrechtloos aandeel in de projectvennootschap. Uit de toelichting van ECO volgt dat het niet de bedoeling is dat EOW enig stemrecht krijgt, maar dat het doel van het uitgeven van dit aandeel slechts ziet op de garantie van blijvende betrokkenheid en als zekerheid voor het operationeel blijven van ECO.

  Het is niet mogelijk om een aandeel uit te geven zonder winst- *en* stemrecht (zie artikel 2:190 BW). Bovendien biedt een dergelijk aandeel geen extra zekerheid voor het geval ECO in een liquidatie terechtkomt. Indien ECO zou worden geliquideerd (of in juridische termen "ontbonden") zal er een vereffenaar (vaak een bestuurder) worden aangesteld die de aandelen zal verkopen. In de statuten van de projectvennootschap kan worden gewaarborgd dat de aandelen dan aan een bepaalde partij dienen te worden aangeboden.

- *Wijziging bestemming dividend*
  Het voorstel van ECO om haar leden de bevoegdheid te geven om de winstbestemming te wijzigen, brengt een risico met zich. De leden van ECO hebben er immers geen belang bij dat het dividend wordt uitgekeerd aan het duurzaamheidsfonds. Er zullen dus waarborgen moeten worden ingebouwd om te voorkomen dat de leden van ECO de winstbestemming kunnen wijzigen. In de statuten van de projectvennootschap kan de uitkering aan het duurzaamheidsfonds zoveel mogelijk gewaarborgd worden. Een mogelijkheid is om het duurzaamheidsfonds in de statuten (wel) stemrecht toe te kennen ten aanzien van besluiten over de wijziging van de winstbestemming.

- *Dividenduitkering*
  Het is van belang dat de projectvennootschap op grond van artikel 2:216 lid 1 BW slechts dividend mag uitkeren indien het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Als in strijd met dit artikel dividend wordt uitgekeerd en de projectvennootschap zou vervolgens haar schulden niet meer betalen en failleren, is het bestuur hoofdelijk aansprakelijk voor

het tekort dat is ontstaan en kan het duurzaamheidsfond worden aangesproken tot terugbetaling van het ontvangen dividend.

- *Rol EOW in exploitatiefase*
  Uit het plan wordt niet goed duidelijk wat de rol van EOW wordt tijdens de exploitatiefase. Zoals in het bovenstaande reeds uiteengezet is, is het niet mogelijk om een aandeel zonder stem- en winstrecht aan EOW uit te geven, zodat EOW in ieder geval geen aandeelhouder kan worden in de exploitatiefase.

  Wij nemen aan dat op pagina 19 van het plan abusievelijk is opgenomen dat EOW wordt geliquideerd. Uit de context van het plan volgt immers dat dit niet de bedoeling is. EOW kan tijdens de exploitatiefase wel aanblijven als bestuurder van de projectvennootschap, zodat ook op deze wijze de kennis van (het bestuur van) EOW zoveel mogelijk gewaarborgd blijft. Indien het echter uitsluitend gaat om de kennis van de bestuurders is het ook mogelijk om één of meerdere van de bestuursleden van EOW als bestuurder van de projectvennootschap of als lid van de Raad van Commissarissen te benoemen. Indien EOW vervolgens geen functie meer heeft (en geen bezittingen) kan alsnog worden gekozen om EOW te liquideren.

- *Invloed leden ECO*
  ECO neemt in haar plan geen duidelijk standpunt in over de invloed van haar leden. Besluiten die de projectvennootschap betreffen zullen worden voorgelegd aan de leden van ECO. Op de pagina's 18 en 19 maakt ECO echter melding van een mandaat van de ledenvergadering, zodat ECO niet voor alle besluiten naar de ledenvergadering toe hoeft. Wat dit mandaat inhoudt, wordt niet vermeld. Om zo slagvaardig mogelijk op te kunnen treden, zal de invloed van de leden zoveel mogelijk moet worden beperkt tot meepraten en meedenken zonder dat zij in juridische zin invloed hebben op de beslissingen die worden genomen. In de ontwikkelfase kan dit worden gerealiseerd door EOW aandeelhouder in de projectvennootschap te maken en een samenwerkingsovereenkomst vast te leggen op welke specifieke punten EOW, en haar leden, zeggenschap hebben.

  Verder wordt niet duidelijk of de participanten ook per definitie lid worden van ECO. Dit hoeft niet het geval te zijn omdat de obligaties worden uitgegeven door de projectvennootschap en niet door ECO. Verder gaat ECO niet in op de verhouding tussen leden van ECO die niet participeren in de projectvennootschap en leden die dit wel doen. Gezien de opzet van het plan ligt het wel voor de hand dat participanten enige vorm van invloed kunnen uitoefenen en niet uitsluitend investeren om een bepaald rendement te behalen.

Tegen deze achtergrond doen wij ten aanzien van de voorgestelde juridische structuur de volgende aanbevelingen:

1. Laat ECO nader toelichten waarom volgens haar EOW dient te worden opgericht en niet kan worden volstaan met uitsluitend het oprichten van een projectvennootschap;
2. Verzoek ECO te bevestigen dat de projectvennootschap door EOW wordt bestuurd;
3. Geef in overweging dat EOW tijdens de ontwikkelfase als enig aandeelhouder van de projectvennootschap optreedt, althans laat ECO toelichten waarom dit niet haar voorkeur heeft;
4. Leg vast dat de projectvennootschap tijdens de ontwikkelfase alle rechten en (financiële) verplichtingen op zich neemt;
5. Het ligt niet voor de hand dat EOW in de exploitatiefase aandeelhouder is;
6. Verzoek ECO toe te lichten wat de verhouding is tussen de leden van ECO die niet participeren in de projectvennootschap en de leden die dat wel doen (wij gaan er daarbij vanuit dat ook niet-leden participant kunnen zijn).

4. Beoogde financieringsstructuur

Met betrekking tot de financiering van het project maakt ECO onderscheid in de benodigde financiering tijdens de ontwikkelfase en tijdens de exploitatiefase. De betaling van het grootste deel van de kosten wordt uitgesteld totdat de financiering voor de exploitatiefase is verkregen via een bancaire financiering en via het participatieplan.

Het valt op dat in het plan van ECO van 1 mei 2017 melding wordt gemaakt van een investering voor drie windmolens van € 7,5 miljoen, terwijl het volgens het huidige plan zou gaan om een investering van meer dan € 10 miljoen voor twee windmolens. Hierbij merken wij wel op dat het eerste plan drie windmolens van 2,5 MW betrof en dat nu wordt gesproken over twee windmolens van 3,5 MW.

Uitgestelde betalingen en lening BOM / Izzy projects (ontwikkelfase)

ECO is uitsluitend in staat om het project te ontwikkelen indien de gemeente uitstel van betaling verleent voor de betaling van leges en de exploitatiebijdrage. De gemeente dient zich te realiseren dat deze kosten uitsluitend door de projectvennootschap kunnen worden voldaan indien de financiering voor de exploitatiefase rond komt. ECO heeft zich in ontwikkelplan voor wat betreft de omvang van de exploitatiebijdrage gebaseerd op de openbare raadsstukken. Hierin staat welke financiële middelen aan de raad worden gevraagd. In deze stukken is een groot deel van de interne ambtelijke kosten nog niet meegenomen. De gemeentelijke kosten zijn (aanzienlijk) hoger dan het in het ontwikkelplan genoemde bedrag. Voor zover nier de werkelijke kosten worden verhaald,

is er in zoverre sprake van staatssteun. Voor een uiteenzetting op dit punt verwijzen naar onze eerdere adviezen.

Verder is van belang dat ECO ook afspraken zal moeten maken met andere partijen (ECO noemt Greentrust, Rebel en Pondera). Het is op dit moment nog onzeker of deze partijen bereid zijn om ermee in te stemmen dat zij pas betaald worden als de gehele financiering rond komt. Verder is het onduidelijk of en zo ja onder welke voorwaarden het ontwikkelfonds van BOM en Izzy projects leningen willen verstrekken voor de kosten die direct moeten worden betaald.

Bancaire financiering (exploitatiefase)
ECO stelt dat banken in staat zijn om duurzame energieprojecten te financieren op basis van kasstromen en dat een inleg van 80-85% onlangs aan haar is herbevestigd. ECO geeft slechts in algemene bewoordingen aan dat de bancaire financiering aangetrokken kan worden. Om hierover meer duidelijkheid te verkrijgen, is het van belang dat ECO nader met stukken onderbouwt onder welke voorwaarden de door ECO genoemde banken de financiering wensen te verstrekken. Voor het slagen van het project is de bancaire financiering immers noodzakelijk.

ECO stelt dat een kortlopende en een langlopende lening zal worden aangetrokken, zodat nieuwe participanten kunnen toetreden. Hierbij is wel van belang dat ECO over voldoende middelen zal moeten beschikken om de kortlopende lening tijdig af te lossen indien er geen nieuwe participanten toetreden. Een alternatief zou kunnen zijn dat de langlopende financiering voldoende mogelijkheid biedt om tussentijds extra af te lossen met de inleg van de nieuwe participanten.

ECO geeft in haar plan aan dat een gemeentelijk bedrijf wordt gezien als een betrouwbare afnemer van voldoende omvang, hetgeen van belang is bij het verkrijgen van een bancaire financiering. ECO realiseert zich niet dat de inkoop van energie een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht is in de zin van de Aanbestedingswet 2012 en dat de gemeente de opdracht voor de levering voor energie niet zomaar onderhands mag gunnen, ook niet aan de projectvennootschap.

Obligatieleningen (exploitatiefase)
ECO stelt voor ruim € 1,5 miljoen aan obligatieleningen uit te moeten geven. Dit is echter een minimaal bedrag omdat de bancaire financiering 80/85% zal bedragen. Indien de bancaire financiering slechts 80% bedraagt, moeten er voor een bedrag van ruim € 2 miljoen aan obligaties te worden uitgegeven. Het is onzeker of dit zal lukken. Als dit niet lukt, behelst "plan B" dat a) de obligaties ook aan te bieden in omliggende gemeenten,

b) het MKB in de gemeente activeren en c) een beroep doen op het Energiefonds Brabant van de BOM.

Ook "plan B" geeft niet de zekerheid dat het doel behaald zal worden. Voorts geeft het plan geen inzicht onder welke voorwaarden een beroep kan worden gedaan op het Energiefonds Brabant.

Verder merken wij op dat bij het uitgeven van obligaties mogelijk verplichtingen worden opgelegd op grond van de Wet op het Financieel Toezicht (zie artikel 5:2 en 5:3 van de Wft). In haar plan geeft ECO slechts in het algemeen aan dat er mogelijk sprake is van een prospectusplicht. ECO zal nader moeten onderzoeken of zij kan voldoen aan de uit de Wft voortvloeiende verplichtingen.

5. Overige opmerkingen

In het algemeen plaatsen wij nog de volgende kanttekeningen bij het door ECO gepresenteerde ontwikkelplan:

- ECO kwalificeert op dit moment niet als een professionele partij met voldoende kennis om een windmolenpark te ontwikkelen. Zij heeft slechts 76 leden. Om het plan te realiseren dient de expertise van Izzy projects te worden ingeschakeld.
- Pagina 8: ECO suggereert dat er afspraken kunnen worden gemaakt over de betalingen aan de gemeente. Uit het plan blijkt echter dat deze betalingen pas plaats kunnen vinden zodra de financiering rond is, zodat er voor de gemeente weinig ruimte is om betalingsafspraken te maken.
- Pagina 8: De inwoners krijgen volgens ECO inspraak in belangrijke projectbeslissingen. Deze invloed kan echter uitsluitend worden aangewend via ECO. Uit het plan wordt niet duidelijk welke invloed dit is en of deze invloed wel wenselijk is.
- Pagina 9: ECO stelt dat EOW zichzelf kan financieren. Zoals in het bovenstaande reeds is uiteengezet, is het onzeker of de benodigde financiering kan worden verkregen. Bovendien dient niet EOW te worden gefinancierd (tenzij EOW ook financiële verplichtingen aangaat), maar de projectvennootschap.
- Pagina 9: ECO en EOW zullen een samenwerkingsovereenkomst sluiten. Het plan vermeldt niets over de inhoud van deze overeenkomst.
- Pagina 10: Er zou een samenwerkingsovereenkomst met Raedthuys zijn voorbereid. Indien het concept hiervan nog niet is verstrekt, is het raadzaam om dit concept bij ECO op te vragen.
- Pagina 10: Uit het schema lijkt te volgen dat ook de leden van ECO invloed hebben op de keuzes van het project. Deze invloed kan slechts via ECO worden aangewend

en kan worden beperkt (zoals in het geval EOW in de ontwikkelfase enig aandeelhouder van de projectvennootschap wordt).

- Pagina 10: Het plan is kennelijk nog niet voorgelegd aan de leden van ECO en dit zal pas na het besluit van de gemeente worden gedaan. Dit betekent dat het plan op verzoek van de leden nog kan worden aangepast.
- Pagina 11: Blijvende betrokkenheid van EOW en het instellen van een Raad van Commissarissen zijn geen noodzakelijke voorwaarden om de dividenduitkering aan het duurzaamheidsfonds te waarborgen. Dit kan ook in de statuten van de projectvennootschap geregeld worden. Wij vragen ons af wat de meerwaarde is van een Raad van Commissarissen naast EOW. Aan beide lijkt een toezichthoudende rol te zijn toegedacht.
- Pagina 18: In de vierde alinea lijkt ECO er nog vanuit te gaan dat sprake is van drie turbines, terwijl uit het plan volgt dat er twee turbines worden gebouwd.
- Pagina 25: ECO stelt in haar plan dat het de bedoeling is dat de gemeente via een recht van opstal de grond aan de projectvennootschap verpacht bij aanvang van de bouwfase. Door middel van een recht van opstal worden geen gronden verpacht. Het recht van opstal is immers een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander een gebouw, werken of beplantingen in eigendom te hebben. Voor zover met een recht van opstal volstaan zou kunnen worden, is van belang dat overeengekomen kan worden dat het recht van opstal niet zonder toestemming van de gemeente kan worden overgedragen aan een derde. Via dit toestemmingsvereiste kan in beginsel worden voorkomen dat de windmolens aan een willekeurige derde worden overgedragen. Het belang van het toestemmingsvereiste moet niet worden overschat. In het geval er een hypothecaire financiering wordt aangetrokken en de financier onverhoopt tot executie zou overgaan, is het toestemmingsvereiste niet van toepassing.
- Pagina 36: ECO geeft hier drie mogelijke opties voor het geval de benodigde financiering niet kan worden verkregen. Deze opties lijken ons niet wenselijk omdat in die gevallen de eigendom van de projectvennootschap tijdens de exploitatie niet volledig bij ECO zal komen te liggen en deze opties om die reden ongetwijfeld invloed zullen hebben op de dividenduitkering aan het fonds.

6. Risico bij faillissement van de projectvennootschap

In het advies van 15 mei jl. zijn we al ingegaan op de gevolgen van een faillissement van de projectvennootschap.

Een faillissement van de projectvennootschap heeft in beginsel geen invloed op bestaande overeenkomsten tussen de projectvennootschap en derden, waaronder de gemeente. Een curator zal echter uitsluitend bestaande overeenkomsten nakomen indien hij i) in staat is om de verplichtingen uit de overeenkomst na te komen en ii) nakoming van een bepaalde verplichting per saldo een voordeel voor de boedel oplevert.

Bij een faillissement van de projectvennootschap zal de curator de onderneming moeten verkopen. Dit betekent dat de activa (de bezittingen) van de vennootschap zullen worden verkocht aan een doorstartende partij en dat de schulden in de failliete projectvennootschap achterblijven. In dit geval betekent dit dat de curator de windmolens zal proberen te verkopen.

Buiten het feit dat een faillissement onzekerheid met zich zal brengen, eventuele schulden van de gemeente aan de projectvennootschap waarschijnlijk onbetaald zullen blijven en het winstrecht van het fonds waardeloos zal worden, kunnen de zakenrechtelijke afspraken (in het voorstel: het recht van opstal) zodanig worden ingestoken dat ófwel de gemeente uiteindelijk weer eigenaar wordt van de windmolens ófwel een doorstartende partij feitelijke aan dezelfde afspraken zal moeten voldoen als de projectvennootschap. Mits hierover reeds bij het opstellen van de zakenrechtelijke afspraken goed wordt nagedacht, zal de exploitatie van het windmolenpark na een faillissement van de projectvennootschap waarschijnlijk op een vergelijkbare voet kunnen worden voortgezet.

7. Advies en risico's model ECO

Het initiatief van ECO spreekt, met name door de participatie van de eigen inwoners en door het oprichten van het duurzaamheidsfonds, wellicht aan. De gemeente dient zich echter te realiseren dat de keuze voor dit initiatief risico's en onzekerheden met zich brengt die veel groter zijn dan in het geval voor het model Tender wordt gekozen. Wij wijzen met name op het volgende:

- *Besluitvorming ECO*
  Uit het ontwikkelplan blijkt dat de leden van ECO nog niet met het ontwikkelplan en de daaruit voor haar voortvloeiende verplichtingen hebben ingestemd. Op dit moment is daardoor nog geen sprake van een onvoorwaardelijk aanbod van ECO om op basis van de in het ontwikkelplan vastgelegde uitgangspunten met de gemeente een (intentie)overeenkomst te sluiten.

- *Aanbestedingsrechtelijke risico's*
  De gemeente kan geen afspraken met EOW, ECO en/of de projectvennootschap maken over de exploitatie van het windpark, de besteding van het rendement en/of participatie in EOW of het duurzaamheidsfonds, anders dan bij gronduitgifte (in uw geval: uitgifte van het opstalrecht). Dit betekent dat de gemeente sterk afhankelijk is van de wijze waarop ECO en Izzy project het plan uitvoeren. Indien de gemeente wel nadere (afdwingbare) afspraken wenst te maken, dan is sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht. Wij verwijzen naar ons advies van 15 mei 2017.

  Verder is van belang dat de inkoop van energie door de gemeente ook een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012 behelst. De gemeente mag de opdracht voor de levering niet onderhands aan een bepaalde partij gunnen, dus ook niet aan de projectvennootschap. Het lijkt erop dat ECO hier geen rekening mee heeft gehouden. ECO dient dan ook te onderzoeken of dit gegeven invloed heeft op het verkrijgen van de bancaire financiering en/of dit anderszins invloed heeft op de realisatie van het project.

- *Onzekerheid over financiering en realiseren plan*
  Het plan van ECO biedt geen enkele zekerheid dat de benodigde financiering van € 10 miljoen ook daadwerkelijk rond komt. Er wordt gesteld dat een obligatielening aangetrokken zal kunnen worden en dat een bancaire financiering verkregen zal kunnen worden. Op geen enkele wijze wordt aannemelijk gemaakt dat het mogelijk zal zijn om deze op de geschetste condities te verkrijgen. Aangezien ECO niet over enige financiële armslag beschikt, is het verkrijgen van de benodigde financiering een absolute randvoorwaarde. Als het niet lukt de benodigde financiering te verkrijgen of het project om een andere reden niet kan worden afgerond, zullen de door de gemeente gemaakte kosten onbetaald blijven en zal het windpark - met waarschijnlijk een aanzienlijke vertraging - alsnog op een andere wijze ontwikkeld moeten worden. In de intentieovereenkomst die tussen ECO en de gemeente zal worden gesloten, zal in ieder geval het verkrijgen van de benodigde financiering als ontbindende voorwaarde worden opgenomen. Dit betekent dus dat de gemeente zich aan het project zal binden, terwijl de onzekerheid blijft bestaan dat het plan van ECO uiteindelijk niet van de grond komt. De gemeente heeft in dat scenario geen (enkele) dekking voor gemaakte kosten en gederfde inkomsten vanwege de vertraging die optreedt. Dat kan mogelijk (ook) gevolgen hebben voor de (uitvoering van de) afspraken die de gemeente met Raedthuys maakt.

Indien de gemeente bereid is om bovenstaande risico's te nemen, de onzekerheid accepteert en voor het model ECO kiest, kunnen wij hierover uiteraard nader adviseren. De aanbevelingen en opmerkingen die zijn opgenomen in dit advies kunnen in dat geval een eerste aanzet vormen om met ECO nader in gesprek te gaan over de uitvoering van dit plan op een wijze die het meest recht doet aan de belangen van alle betrokken partijen en die de grootste kans van slagen heeft.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.
mede namens mr. C.F.H. Donners,

T.E.P.A. Lam
advocaat