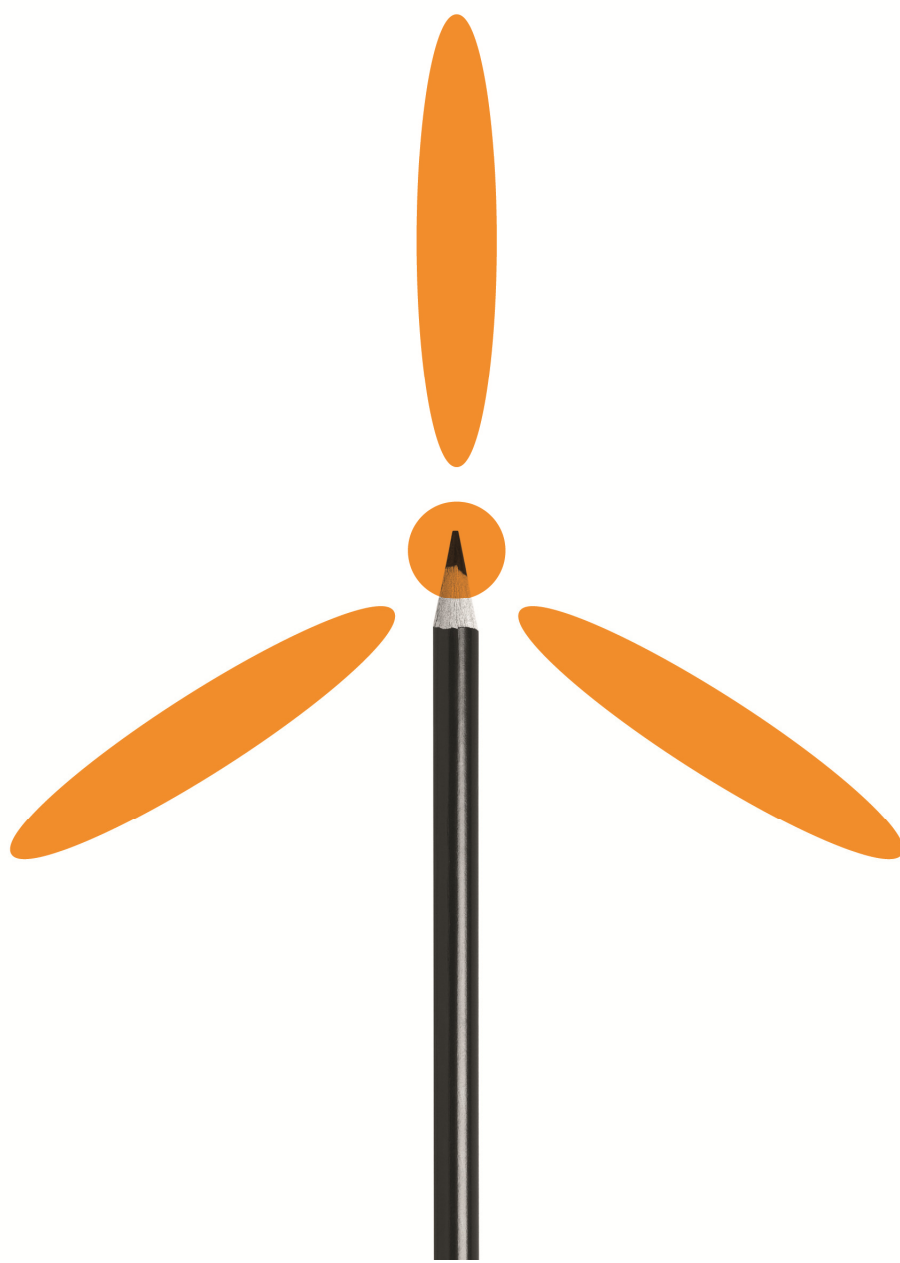


LOCATIES VOOR ENERGIECOÖPERATIES

1 november 2016



Locaties voor energiecoöperaties

Handreiking juridische mogelijkheden voor het ondersteunen van coöperaties bij het verkrijgen van locaties voor duurzame energieopwekking, in opdracht van Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO).

RVO.nl helpt lokale initiatieven verder. De lokale initiatieven zijn hard nodig voor de opschaling van een duurzame energievoorziening. Zij dragen ook bij aan het vergroten van bewustwording en draagvlak binnen Nederland. RVO.nl zet zich in voor deze initiatieven. Zij biedt handvatten voor lokale initiatieven én lokale overheden in de vorm van diverse praktische publicaties. Samen Slagen en de Factsheets Wind en Zon laten samenwerkingsvormen zien aan de hand van inspirerende voorbeelden. Energiecoöperaties wind en zon en Grondgebonden zonneparken helpen de lokale initiatieven én gemeenten verder op weg. Daarnaast werkt RVO.nl mee aan het opzetten van een revoluerend ontwikkelfonds voor coöperaties en levert zij een bijdrage aan de Monitor, de kennissessies en het evenement van HIER Opgewekt.

Colofon:

Dit rapport is opgesteld door Eversheds B.V. in samenwerking met Rijkswaterstaat (RWS), Rijksvastgoedbedrijf (RVB) en ODE Decentraal.

Disclaimer:

Dit rapport opgesteld op basis van de stand van het recht in oktober 2016. Aan de inhoud van dit rapport kunnen geen rechten worden ontleend.

Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

Lokale duurzame energieprojecten zijn van belang voor de realisatie van de doelstellingen voor het opwekken van duurzame energie. Lokale energieprojecten worden in toenemende mate georganiseerd in coöperaties. Energiecoöperaties zijn een ideaal vehikel om duurzame energieprojecten met lokale binding te realiseren. Deze coöperaties vinden het echter vaak lastig om geschikte locaties voor hun energieprojecten te verkrijgen. Tegelijkertijd hechten zowel centrale als decentrale overheden aan het betrekken van de burger bij duurzame energie. Overheidsinstanties kunnen coöperaties steunen bij het verwerven van locaties voor het opwekken van energie. Deze handreiking beschrijft welke mogelijkheden het aanbestedingsrecht, staatssteunrecht en omgevingsrecht bieden om coöperaties te steunen bij het verwerven van locaties voor het opwekken van duurzame energie. Ook worden enkele aanbevelingen gegeven.

Aanbestedingsrecht

Het aanbestedingsrecht biedt mogelijkheden om coöperaties te steunen bij het verwerven van locaties voor het opwekken van duurzame energie. Overheidsinstanties hebben verschillende instrumenten tot hun beschikking om coöperaties te steunen bij het verkrijgen van een locatie voor een lokaal energieproject.

Vooropgesteld dient te worden dat een "eenvoudig" of "zuiver" recht van opstal, erfpacht of verkoop van een stuk grond in beginsel niet aanbestedingsplichtig is. Het staat een gemeente of andere overheidsinstantie dan ook vrij om een recht van opstal of erfpacht te vestigen dan wel overheidsgrond te verkopen ten behoeve van een coöperatie.¹ Overheden mogen bij het sluiten van een verkoop- of huurovereenkomst op basis van hun publiekrechtelijke bevoegdheden eisen stellen. Indien onder meer nadere voorwaarden worden gesteld aan het recht van opstal, de verkoop of verhuur, kan de opdracht aanbestedingsplichtig worden en dient deze via de (Europese) aanbestedingsregels in de markt te worden gezet.

Indien het aanbestedingsrecht van toepassing is dan hebben overheidsinstanties enkele instrumenten om een coöperatie te steunen. Ten eerste kan de aanbestedingsprocedure laagdrempelig worden ingestoken. Door de geschiktheidseisen niet te hoog vast te stellen, kunnen coöperaties überhaupt meedoen aan de aanbesteding. Ten tweede kunnen overheidsinstanties geschiktheidseisen stellen met betrekking tot ervaring op het gebied van directe burgerparticipatie en het creëren van draagvlak. Op deze manier kunnen coöperaties zich positief onderscheiden in een aanbestedingsprocedure. Ten derde kunnen overheidsinstanties een grote waarde hechten aan directe burgerparticipatie en het creëren van draagvlak in de selectie- en gunningscriteria. Tot slot kunnen opdrachten in percelen worden opgeknipt zodat coöperaties ook mee kunnen doen of gebruikgemaakt worden van de zogenaamde "percelenregeling".

Staatssteunrecht

Het staatssteunrecht hoeft geen beletsel te zijn om coöperaties te steunen bij het verwerven van locaties voor het opwekken van duurzame energie. Staatssteun speelt pas een rol op het moment dat een grondtransactie of erfpacht plaatsvindt onder niet-marktconforme voorwaarden. Dit betekent dat indien de verkoop van een stuk grond of het vestigen van een recht van opstal of erfpacht onder marktconforme voorwaarden plaatsvindt, het staatssteunrecht geen probleem hoeft te zijn. Een taxatie door een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen om de marktwaarde te bepalen op basis van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria is in beginsel voldoende om niet binnen het toepassingsbereik van het staatssteunrecht te vallen.

Omgevingsrecht

Het huidige instrumentarium in het omgevingsrecht biedt mogelijkheden om lokale coöperatieve initiatieven voor duurzame energieopwekking rechtstreeks te faciliteren. Het belangrijkste instrument voor overheden om vanuit het omgevingsrecht lokale coöperatieve initiatieven voor duurzame energieopwekking rechtstreeks te faciliteren zijn anterieure overeenkomsten. Dit is met name voor windprojecten een relevant instrument. Anterieure overeenkomsten worden afgesloten om het kostenverhaal op basis van de Wro zeker te stellen en bieden, gelet op de contractsvrijheid, de mogelijkheid lokale coöperatieve initiatieven voor duurzame energieopwekking rechtstreeks te faciliteren.

Hoewel structuurvisies een sturend karakter hebben, zijn structuurvisies juridisch niet bindend. Het criterium van de goede ruimtelijke ordening staat niet toe dat bij bestemmings- of inpassingsplannen rekening wordt gehouden met eigendomsposities van gronden of opstallen. Ook het geven van een

¹ Met inachtneming van de staatssteunregels.

voorrangspositie aan coöperaties is niet toegestaan. Daar waar op vrijwillige basis wordt gecontracteerd staat het de overheid vrij om gebruikseisen op te nemen die verder gaan dan het bestemmingsplan.

Aanbevelingen

Overheidsinstanties kunnen gebruikmaken van de verschillende instrumenten die zij tot hun beschikking hebben om coöperaties te steunen bij het verwerven van locaties voor het opwekken van duurzame energie. Met name het aanbestedingsrecht biedt hier ruimte voor. De meest geëigende methoden om een locatie ter beschikking te stellen voor lokale energieprojecten zijn het vestigen van een recht van opstal, het vestigen van een recht van erfpacht of het verkopen van een stuk grond. Bij deze drie methoden hoeft het aanbestedingsrecht in beginsel niet van toepassing te zijn. Het is echter van belang dat (decentrale) overheden onder meer geen nadere eisen stellen dan zij op basis van hun publiekrechtelijke bevoegdheden tot hun beschikking hebben, zoals de wijze waarop een energieproject geëxploiteerd dient te worden. Dergelijke eisen zijn doorgaans ook niet vereist om een geslaagd lokaal energieproject te realiseren. Overheden kunnen er met andere woorden vaker voor kiezen om een stuk grond "eenvoudig" of "zuiver" ter beschikking te stellen aan een coöperatie, zonder aanvullende eisen.

Een duidelijk, precies en ondubbelzinnig geformuleerd aanbestedingsbeleid is essentieel voor het stimuleren van lokale energieprojecten. Niet elk recht van opstal, recht van erfpacht of grondverkoop hoeft aanbesteed te worden. Het is echter wel van groot belang dat het (interne) aanbestedingsbeleid van (decentrale) overheden duidelijk maakt waar coöperaties aan toe zijn. Het is zeer goed voor te stellen dat het (interne) aanbestedingsbeleid een onderscheid maakt tussen "grote" en "kleine" projecten, waarbij een recht van opstal, erfpachtrecht of verkoop van een stuk 1-op-1 gegund kunnen worden aan de eerste aanvrager. De grondtransactie moet uiteraard wel marktconform gebeuren om niet in strijd met het staatssteunrecht te handelen.

Tot slot dient het belang van het faciliteren van coöperaties niet te worden onderschat. De toepasselijke wet- en regelgeving voor het opzetten van duurzame energieprojecten is complex. Coöperaties werken vaak met vrijwilligers die soms door de bomen het bos niet meer zien. Het is aan te bevelen om één aanspreekpunt bij gemeenten en provincies aan te wijzen, waar energievoöperaties terecht kunnen met vragen over de regelgeving en de processen.

INHOUDSOPGAVE

	SAMENVATTING, CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	4
1	INLEIDING	7
1.1	Centrale en decentrale overheden	7
1.2	Maatschappelijke vraag	7
1.3	Coöperaties	8
1.4	Instrumentarium (decentrale) overheden	9
1.5	Eigendomsrechten	9
1.6	Publiekrechtelijke bevoegdheden	12
1.7	Andere vormen van contracteren	12
1.8	Faciliteren van energiecoöperaties	13
1.9	Subsidies	14
1.10	Tussenconclusie	14
2	JURIDISCHE CONTEXT - AANBESTEDINGSRECHT	15
2.1	Algemeen	15
2.2	Niet-aanbestedingsplichtige opdracht	16
2.3	Steunen van energiecoöperaties	17
2.4	Schaarse publiekrechtelijke rechten	19
2.5	Tussenconclusie	20
3	JURIDISCHE CONTEXT - STAATSSTEUNRECHT	21
3.1	Algemeen	21
3.2	Marktconformiteit	21
3.3	Vrijstelling van staatssteun	22
3.4	Voorkomen van staatssteun	22
3.5	Tussenconclusie	22
4	JURIDISCHE CONTEXT - OMGEVINGSRECHT	23
4.1	Wet ruimtelijke ordening	23
4.2	Besluit ruimtelijke ordening	25
4.3	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht	26
4.4	Elektriciteitswet	26
4.5	Crisis- en Herstelwet	28
4.6	Relevante jurisprudentie	28
4.7	Tussenconclusie	29

1. Inleiding

Nederland staat voor een grote uitdaging om het aandeel duurzame energie te vergroten. In 2009 is in de EU-Richtlijn Hernieuwbare Energie vastgelegd dat in 2020 14% van het bruto energetisch eindverbruik van energie afkomstig moet zijn van hernieuwbare energiebronnen. In het nationaal Energieakkoord is een verdere stijging van dit aandeel opgenomen naar 16% in 2023.

Een van de manieren om het aandeel hernieuwbare energie te vergroten is het stimuleren van burgerinitiatieven met betrekking tot lokale duurzame energieopwekking. Dit gaat vaak om relatief kleine projecten, maar alle projecten gezamenlijk kunnen een significante bijdrage leveren aan het aandeel duurzame energie in Nederland.

Lokale duurzame energieprojecten zijn van belang voor de realisatie van de doelstellingen met betrekking tot de opwek van duurzame energie. In toenemende mate worden burgerinitiatieven georganiseerd in een coöperatie. In de praktijk blijkt dat burgerinitiatieven het lastig vinden om duurzame energieprojecten daadwerkelijk te realiseren. Hierbij spelen vraagstukken rond financiering, ruimtelijk beleid, samenwerking met andere (commerciële) partijen en grondposities. Coöperaties hebben met name bij windprojecten en bij zonnevelden moeite met het vinden van geschikte grondposities. Dit komt door (de toepassing van) huidig beleid en regelgeving maar ook omdat er niet veel grond beschikbaar is of omdat er andere plannen voor bestaan.

Zowel centrale als decentrale overheden hechten waarde aan het betrekken van de burger bij duurzame energie. Het coöperatief opwekken van duurzame energie draagt bij aan de betrokkenheid van de directe omgeving bij een energieproject. Energiecoöperaties ondervinden echter problemen met het verwerven van grondposities voor energieprojecten. Om die reden wensen centrale en decentrale overheden coöperaties te steunen bij het verwerven van dergelijke grondposities.

Deze handreiking zet uiteen welke mogelijkheden (decentrale) overheidsinstanties hebben om lokale coöperatieve initiatieven te steunen bij het verkrijgen van grondposities voor het opwekken van duurzame energie. De mogelijkheden worden uiteengezet in het licht van het aanbestedingsrecht, staatssteunrecht en omgevingsrecht.

1.1 Centrale en decentrale overheden

De gestelde doelstellingen voor het opwekken van duurzame energie zijn zowel voor centrale als decentrale overheden relevant. Het Rijk heeft doelen en internationale afspraken, gemeenten, provincies en waterschappen hebben vaak ambities die nog verder gaan dan dat. Dit betekent dat naast het Rijk ook de decentrale overheden maatregelen nemen om de energietransitie te bewerkstelligen.

De Europese Unie is goed op weg de energie- en klimaatdoelstellingen uit de EU-Richtlijn Hernieuwbare Energie te halen. Nederland blijft achter op zowel het gebied van energiebesparing als het aandeel duurzame energie.² Dit betekent dat Nederland alle zeilen bij moet zetten om het aandeel duurzame energie te vergroten.

Een van de manieren om het aandeel hernieuwbare energie te vergroten is het stimuleren van burgerinitiatieven met betrekking tot lokale duurzame energieopwekking. Dit gaat vaak om relatief kleine projecten, maar alle projecten gezamenlijk kunnen een significante bijdrage leveren aan het aandeel duurzame energie in Nederland.

1.2 Maatschappelijke vraag

Centrale en decentrale overheden, waaronder Rijkswaterstaat, worden in toenemende mate benaderd door burgerinitiatieven om geschikte grondposities ter beschikking te stellen voor het opwekken van duurzame energie. Deze grondposities worden steeds schaarser. In Nederland zijn de meeste potentiële grondlocaties voor windprojecten door particuliere projectontwikkelaars ingenomen. Voor grootschalige zonprojecten is een vergelijkbare tendens te verwachten. Dit maakt het lastig voor energiecoöperaties om geschikte locaties te verkrijgen.

² <<http://www.eea.europa.eu/themes/climate/ghg-country-profiles/country-profiles-1>>

Centrale en decentrale overheden willen partijen ondersteunen bij het vinden van geschikte grondposities voor het opwekken van duurzame energie. Zij hechten aan het betrekken van de burger bij duurzame energie. Ook de gedachte om via de lokale binding die een coöperatie heeft, iets extra's voor de maatschappij te doen speelt hierbij een rol.

Minister Kamp hecht aan realisatie van de doelstellingen uit het SER Energieakkoord. Daarvoor wordt ingezet op grootschalige technieken om energie op te wekken zoals wind op zee, maar neemt ook het belang van lokale initiatieven toe. Ook werkt het ministerie van Economische Zaken aan het stimuleren van deze lokale initiatieven. Het in kaart brengen van juridische handvatten in dit document is een bijdrage hieraan.

Minister Schultz van Haegen van infrastructuur en milieu heeft de ambitie uitgesproken dat Rijkswaterstaat in 2030 energieneutraal moet werken.³ Een van de maatregelen om die ambitie te halen is het ter beschikking stellen van het areaal van Rijkswaterstaat voor het opwekken van duurzame energie. Daarnaast overweegt Rijkswaterstaat tevens om gronden met een eenvoudige procedure ter beschikking te stellen aan derden (waaronder coöperaties).

ODE Decentraal, de Nederlandse Vereniging Duurzame Energie en Greenpeace hebben het Offensief Lokale Energie in gang gezet om lokale opwekking door burgers, coöperaties en lokale instellingen te bevorderen.⁴

In dat licht beschrijft deze handreiking binnen welke juridische kaders coöperaties gesteund kunnen worden bij het verkrijgen van locaties voor het opwekken van duurzame energie.

1.3 Coöperaties

De coöperatie is het vehikel waarmee burgers kunnen voldoen aan de behoefte om tegelijkertijd zelfredzaam en solidair te zijn. Daarnaast is het een middel om met meer lokale binding duurzame energie op te wekken. In 2015 zijn er 220 wind- en lokale coöperaties en 57 projectcoöperaties met een totaal aantal leden tussen de 35.000 en 40.000.⁵

Sinds enkele jaren is het opwekken van duurzame energie in coöperatief verband populairder geworden, waardoor de coöperatieve beweging een nieuwe opleving maakt en professionaliseert.⁶ De populariteit van de coöperatie als rechtsvorm voor het opzetten van duurzame energieprojecten is gelegen in de grote mate van flexibiliteit van deze rechtsvorm. De wet stelt een aantal minimumeisen. In de statuten kan de inrichting van een coöperatie nader worden bepaald. De grote mate van flexibiliteit die de wet biedt bij de juridische inrichting van coöperaties sluit goed aan bij de wens van de leden van coöperaties om op flexibele wijze kapitaal aan te trekken en de zeggenschapsverhoudingen daarop aan te passen.⁷ Deze kenmerken maken de coöperatie uitermate geschikt als rechtsvorm voor collectieve zelfopwekking van duurzame energie.

De leden van energiecoöperaties bestaan voornamelijk uit particulieren en ondernemingen die zelf duurzame energie willen opwekken en afnemen. Het opwekken van duurzame energie geschiedt door middel van de exploitatie van bijvoorbeeld windmolens of zonnestroominstallaties. Het afnemen van duurzame energie vindt plaats door het sluiten van een leveringsovereenkomst met een coöperatie indien deze over een leveringsvergunning beschikt om te kunnen leveren aan kleinverbruikers of met een door een coöperatie geselecteerde leverancier van energie die over een dergelijke vergunning beschikt. Daarnaast bieden sommige coöperaties ook de mogelijkheid om slechts donateur te worden van de coöperatie om op deze wijze het opwekken van duurzame energie te stimuleren.

³ Brief van 5 juni 2015 aan Tweede Kamer van Minister M.H. Schultz van Haegen m.b.t. "Ergieneutrale netwerken in beheer van Rijkswaterstaat".

⁴ <<http://www.energieakkoordser.nl/nieuws/2015/doelen-energieakkoord-binnen-bereik.aspx?p=1>>

⁵ Lokale Energiemonitor 2015, <https://www.hieropgewekt.nl/sites/default/files/u20232/lokale_energie_monitor_2015_-_uitgave_januari_2016.pdf>

⁶ Zie bijvoorbeeld de populariteit van de regeling Verlaagd Tarief, bedoeld voor (energie)coöperaties van kleinverbruikers die hernieuwbare energie opwekken.

⁷ D.N. Heger, 'De coöperatie en collectieve zelfopwekking van duurzame energie', V&O 2012, nummer 2 p. 32.

De Regeling Verlaagd Tarief, ook wel de "postcoderoosregeling" genoemd, schrijft het gebruik van een coöperatie voor.⁸ Daarnaast is ook de ontheffingsregeling voor lokale energie-experimenten van toepassing op coöperaties.

Veel energievoorzieningscoöperaties zijn aangesloten bij REScoopNL, een coöperatie van duurzame energievoorzieningscoöperaties. REScoopNL biedt onder meer ondersteuning aan duurzame energie-initiatieven die voldoen aan de eisen van de "Charter van verenigingen en coöperaties van burgers voor hernieuwbare energie in Nederland".⁹

Een coöperatie dient 'blijkens de statuten ten doel [te] stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoefte uitoefent of doet uitoefenen'.

De collectieve opwekking van duurzame energie sluit zeer goed aan bij de doelstelling van energievoorzieningscoöperaties. Omdat coöperaties doorgaans geleid worden door vrijwilligers, ontbreekt het coöperaties vaak aan tijd en kennis om in te kunnen schrijven op aanbestedingsprocedures. Hierdoor kan het voor een coöperatie - in vergelijking met bijvoorbeeld een professionele partij - lastiger zijn om een grondpositie te verkrijgen.

1.4 Instrumentarium (decentrale) overheden

Naast de centrale overheid spelen ook decentrale overheden een grote rol bij het stimuleren van lokale duurzame energieprojecten. Lokale overheden kunnen de keus maken voor versterken van de lokale binding van initiatieven, waar de coöperatie een goede invulling van is. Wanneer die keus gemaakt is, is het van belang om te weten welke instrumenten zij hiervoor tot hun beschikking hebben.

Overheden hebben verschillende instrumenten tot hun beschikking om energievoorzieningscoöperaties te ondersteunen bij het opzetten van duurzame energieprojecten in het algemeen en het verkrijgen van geschikte grondposities in het bijzonder. Overheden beschikken over de volgende instrumenten:¹⁰

- het uitoefenen van eigendomsrechten en op basis daarvan contracteren;
- publiekrechtelijke bevoegdheden (waaronder planologie) tot het voeren van beleid en het nemen van uitvoeringsbeslissingen;
- andere vormen van contracteren (bijv. PPS-constructies);
- het faciliteren van coöperaties; en
- subsidies.

1.5 Eigendomsrechten

Coöperaties hebben locaties nodig voor het ontwikkelen van duurzame energieprojecten. Grofweg doen zich drie verschillende situaties voor met betrekking tot het verkrijgen van locaties:

1. De locatie is in eigendom van de (rijks)overheid ("Publieke eigendom").
2. De locatie is in eigendom van particulieren ("Private eigendom").
3. De locatie is in eigendom van zowel de (rijks)overheid als particulieren ("Publiek/Private eigendom").

Publiek eigendom

⁸ <<http://www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/duurzame-energie-opwekken/duurzame-energie/saldering-en-zelflevering/collectieven>>

⁹ De ondertekenaars van dit Charter voldoen aan de zeven coöperatieve principes: (i) open en vrijwillig lidmaatschap; (ii) democratische controle door de leden; (iii) economische participatie door de leden; (iv) autonomie en onafhankelijkheid; (v) onderwijs, vorming en informatieverstrekking; en (vi) engagement voor de gemeenschap.

¹⁰ S. Akerboom, G. Buist en S. Pront-van Bommel (2012), "Ruimtelijke inpassing van lokale duurzame energievoorzieningen. Een duurzame (energie)gebiedsontwikkeling", Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Centrum voor Energievraagstukken, par. 3.1.

Het eigendomsrecht is een belangrijk instrument ter uitvoering van duurzaamheidsbeleid. In hoeverre overheden eigendomsrechten inzake grond en gebouwen kunnen inzetten ter uitvoering van hun duurzaamheidsbeleid wordt in belangrijke mate bepaald door de zogenaamde "leer van de onaanvaardbare doorkruising".¹¹ Kort gezegd komt deze leer erop neer dat overheden hun eigendomsrechten kunnen inzetten op dezelfde manier als particuliere eigenaren en daarmee ook de realisatie van algemene belangen mogen nastreven, mits en voor zover daarmee het publiekrecht niet wordt doorkruist.

De overheid kan dus als grondeigenaar deelnemen aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer. Een overheidslichaam is bij het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst (waaronder het verkopen of verhuren van grond) in beginsel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel. Dat wil zeggen dat zij gelijke gevallen gelijk dient te behandelen en ongelijke gevallen met inachtneming van de mate van ongelijkheid. Hieruit volgt dat het een overheidslichaam niet vrijstaat om coöperaties "voor te trekken" bij de verkoop of verhuur van grond.

Dit betekent ook dat de overheid zowel qua voorbereiding als naar inhoud gehouden is om bij privaatrechtelijke handelingen publiekrechtelijke zorgvuldigheidsnormen in acht te nemen. Het kan daarbij gaan om belangenafweging of gelijke behandeling. Het staat een bestuursorgaan niet vrij om, daar waar het bestuursorgaan grondprijzen via gronduitgiftebeleid heeft vastgesteld, daar ten faveure van partijen van af te wijken.¹²

Uit de arresten *Kunst- en antiekstudio Lelystad*¹³ en *Amsterdam Chidda*¹⁴ komt naar voren dat het een bestuursorgaan is toegestaan om verdergaande privaatrechtelijke gebruiksbeperkingen in overeenkomsten op te nemen dan de gebruiksbeperkingen in het bestemmingsplan. Dit geldt niet voor bouwtechnische eisen en of eisen die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.¹⁵ Indien een overheidsinstantie iets publiekrechtelijk heeft afgewezen, mag dit vervolgens niet privaatrechtelijk worden opgelegd.

Het privaatrechtelijk optreden van de overheid kan onder omstandigheden misbruik van bevoegdheden opleveren, met name wanneer de overheid vanuit een soort monopoliepositie onredelijk bezwarende voorwaarden voor contractspartijen opstelt. Daarnaast dient een overheidsinstantie de regels met betrekking tot staatssteun in acht te nemen. De prijs die een coöperatie betaalt voor een grondpositie of de erfpachtcanon dient immers marktconform te zijn.¹⁶

Er zijn verschillende manieren om grondposities op de markt te brengen. Een overheid kan (i) grond uitgeven in eigendom (verkoop); (ii) een recht van erfpacht vestigen, (iii) een recht van opstal vestigen; (iv) een recht van erfdienstbaarheid vestigen; en (v) vruchtgebruik vestigen op een onroerende zaak. Van deze vormen van zijn met name het erfpachtrecht, recht van opstal en de eigendomsoverdracht (verkoop) relevant voor lokale energieprojecten.¹⁷

Erfpachtrecht

Een recht van erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft een aan een ander toebehorende onroerende zaak te houden en te gebruiken. In het algemeen wordt in de akte van vestiging bepaald dat de erfpachter een bepaalde vergoeding aan de eigenaar van de grond verschuldigd is, de zogenaamde canon.

Recht van opstal

Een recht van opstal is een zakelijk recht om in, op dan wel boven een aan een ander in eigendom toebehorende onroerende zaak, gebouwen, werken of beplantingen in eigendom

¹¹ S. Akerboom, G. Buist en S. Pront-van Bommel (2012), "Ruimtelijke inpassing van lokale duurzame energievoorzieningen. Een duurzame (energie)gebiedsontwikkeling", Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Centrum voor Energievraagstukken, par. 3.2.

¹² HR 18 maart 2005, AB 2005, 408 (*Lichtenvoorde/Dusseldorp*).

¹³ HR 8 juli 1991, AB 1991, 659 (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*).

¹⁴ HR 24 december 2004, AB 2005, 58 (*Chidda/Amsterdam*).

¹⁵ Gst. 2011/87.

¹⁶ Zie hoofdstuk 3.

¹⁷ Erfdienstbaarheden kunnen ook relevant zijn, bijvoorbeeld om zaken als de bereikbaarheid of het recht van overzwaai te regelen.

te hebben of te verkrijgen. In het algemeen wordt in de akte van vestiging opgenomen dat de opstaller verplicht is de eigenaar een bepaalde vergoeding te betalen, de zogenaamde retributie. Door de vestiging van een recht van opstal wordt een juridische scheiding gemaakt tussen de grond en hetgeen erop is gebouwd. Dit is noodzakelijk om te voorkomen dat "natrekking" plaatsvindt. Dat wil zeggen dat de eigenaar van de grond ook de eigenaar wordt van hetgeen op de grond is gebouwd. Het vestigen van een recht van opstal is de meest geëigende vorm van een zakelijk recht voor lokale energieprojecten.

Eigendomsoverdracht

Eigendom is een zakelijk recht dat het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben. Dit betekent dat bij eigendomsoverdracht van grond niet alleen de grond (inclusief alle daarop rustende rechten) wordt overgedragen, maar ook hetgeen op de grond is gebouwd, tenzij anders overeengekomen.

Privaat eigendom

Overheden kunnen minder invloed uitoefenen op het gebruik van privaat eigendom dan het gebruik van overheidslocaties. Veel geschikte locaties voor het opwekken van duurzame energie zijn in eigendom van private partijen. Dit zijn vaak boeren met stukken grond, dan wel projectontwikkelaars die stukken grond hebben opgekocht om vervolgens energieprojecten op deze grond te ontwikkelen, dan wel eigenaren van gebouwen met een groot dakoppervlak.

In overleg met private partijen kan worden getracht om burgerinitiatieven op private gronden te realiseren. De Wet ruimtelijke ordening (Wro) gaat ervan uit dat projecten binnen de planperiode van 10 jaar kunnen worden gerealiseerd. Als een private partij duidelijk aangeeft een bestemming niet te willen of kunnen realiseren binnen deze termijn, kan de overheid besluiten deze gronden aan te kopen en deze vervolgens weer door te verkopen of uit te geven in pacht of te verhuren.

Indien de overheid niet tot overeenstemming kan komen met een grondeigenaar, kan bij windparken met een vermogen van 5 megawatt (MW) of meer de Belemmeringenwet Privaatrecht nog worden ingezet. Een grondeigenaar krijgt dan een zogenaamde gedoogplicht op zijn gronden. De grondeigenaar dient de realisatie van de windturbine(s) toe te staan. Logischerwijs staat daar een markconforme vergoeding tegenover. In het uiterste geval kan het instrument van onteigening worden ingezet.

Publiek/Private eigendom

Geschikte locaties voor het opwekken van duurzame energie kunnen ook in eigendom van private én publieke partijen zijn. Het stimuleren van burgerinitiatieven op publiek/private grond of gebouwen is lastiger dan het stimuleren van dergelijke initiatieven op puur overheidseigendom.

Bij publiek/private locaties ligt het voor de hand dat private en publieke partijen in overleg treden met betrekking tot de ontwikkeling van deze locaties. Daar waar private partijen niet mee willen werken aan het stimuleren van burgerinitiatieven op private grond, kan ook worden overwogen om de grond aan te kopen en deze vervolgens weer door te verkopen, uit te geven in erfpacht of te verhuren.

Ook hier kan onder omstandigheden de Belemmeringenwet Privaatrecht of zelfs onteigening worden ingezet als private partijen aangeven niet te willen of kunnen meewerken aan het realiseren van een project.

1.5.1 Tussenconclusie

Daar waar de overheid over grondposities of gebouwen beschikt, heeft zij sturing over het gebruik en bestemming van de gronden en de gebouwen. Hoewel de overheid ook in haar rol als eigenaar gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, is zij in staat om lokale coöperatieve initiatieven te steunen bij het verkrijgen van locaties door middel van het uitoefenen van haar eigendomsrechten. Dat ligt anders op het moment dat de locaties (deels) niet in eigendom zijn van de overheid. De overheid zal dan moeten onderhandelen met de grond- of gebouweigenaren en met gebruikmaking van haar (juridisch) instrumentarium de eigenaren moeten bewegen om de gronden dan wel gebouwen ter beschikking te stellen voor lokale coöperatieve initiatieven. Daarbij kan de overheid ook overwegen om instrumenten als de Belemmeringenwet Privaatrecht en onteigening in te zetten.

1.6 Publiekrechtelijke bevoegdheden

De Wet ruimtelijke ordening (Wro) schrijft voor dat zowel het Rijk, provincies als gemeenten voor hun grondgebied één of meerdere structuurvisies vaststellen. Deze visies bevatten de voorgenomen ontwikkelingen van dat gebied en de hoofdzaken van het daarbij behorende beleid. Tevens dient aangegeven te worden hoe het beleid wordt verwezenlijkt.

De Wro bepaalt verder dat een gemeente voor het gehele grondgebied één of meerdere bestemmingsplannen vaststelt.¹⁸ In deze bestemmingsplannen worden op basis van een goede ruimtelijke ordening aan gronden bestemmingen toegekend. Aan deze bestemmingen worden regels gesteld omtrent de gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden.

De op 1 oktober 2010 in werking getreden Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is ingevoerd om in het omgevingsrecht tot één integrale omgevingsvergunning te komen. Onder de omgevingsvergunning vallen bouw-, aanleg-, sloop-, milieu- en afwijkingsactiviteiten van het bestemmingsplan. Bouwactiviteiten vallen uiteen in omgevingsvergunningplichtige en omgevingsvergunningvrije activiteiten. Omgevingsvergunningvrije bouwactiviteiten zijn opgenomen in artikel 2 van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (Bor). Het betreft hier veelal aan- en uitbouwen aan woningen en verdere ondergeschikte bouwwerken.

Een verzoek tot een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit dient te worden verleend als er geen strijd is met:

- vigerende bestemmingsplan;
- Bouwbesluit;
- Bouwverordening;
- redelijke eisen van welstand;
- Provinciale verordening;
- AMvB.

Indien een aanvraag strijdig is met het bestemmingsplan, is een dergelijke aanvraag automatisch een verzoek om af te wijken van het bestemmingsplan. Een dergelijke aanvraag kan vergund worden door gebruik te maken van de afwijkingsmogelijkheden van het bestemmingsplan, artikel 4 van Bijlage II van het Bor of een Wabo-projectafwijkingsbesluit. In het laatste geval dient een goede ruimtelijke onderbouwing te worden aangeleverd.

1.7 Andere vormen van contracteren

Overheidsinstanties kunnen ook lokale burgerinitiatieven stimuleren door middel van het sluiten van privaatrechtelijke contracten. Gedacht kan worden aan een publiek-private samenwerking, een anterieure exploitatieovereenkomst of een convenant.

Publiek-private samenwerking

Onder 'publiek-private samenwerking' (PPS) worden (juridische) samenwerkingsvormen geschaard tussen overheid en bedrijven/maatschappelijke organisaties en particulieren. Het gaat daarbij om ontwikkelingen waarbij beide partijen investeren in het project. Dit kan bijvoorbeeld zijn op financieel gebied (menskracht, materiaalbudget) en inhoudelijk gebied (kennis, netwerken). De partijen dragen samen bij aan een maatschappelijk en vaak ook een commercieel doel. Binnen de PPS staat het partijen vrij om nadere juridische afspraken te maken. Het selecteren van een private partner is niet aanbestedingsplichtig, tenzij sprake is van een opdracht.

Voorbeeld Zonnepark Ameland

De gemeente Ameland wil in 2020 energieneutraal zijn, maar windmolens zijn niet toegestaan op Ameland. Om die reden is gekozen voor het realiseren van een groot zonnepark. Het zonnepark Ameland is een initiatief van de gemeente Ameland, de Amelandse Energie Coöperatie (AEC) en Eneco, die in het project samenwerken vanuit een gedeelde visie op de verduurzaming van de (lokale) energievoorziening. Voor de realisatie van het project hebben zij de BV Zonnepark Ameland

¹⁸ Conform artikel 3.38 Wro kan ook een Beheersverordening worden vastgesteld. Deze legt de bestaande situatie vast en geeft geen ontwikkelingsruimte.

opgericht, waarin iedere partij een gelijkwaardig belang heeft. Binnen de samenwerking is de gemeente verantwoordelijk voor de levering van de grond, de landschappelijke inpassing, het vergunningstraject en de aanvraag van de investeringssubsidie.

AEC maakt zich sterk voor lokale betrokkenheid en draagvlak, onder meer door Amelanders de mogelijkheid te bieden om te participeren in het park. Eneco neemt vanuit haar ervaring met grote energieprojecten de verantwoordelijkheid voor de realisatie en het beheer van het zonnepark op zich.¹⁹

De selectie van Eneco en AEC als samenwerkingspartners door de gemeente Ameland is niet aanbestedingsplichtig. De opdracht tot het bouwen en onderhouden van het zonnepark is wel Europees aanbesteed. Opvallend is de "ondernemende" rol van de gemeente Ameland welke in belangrijke mate heeft bijgedragen aan de realisatie van het grootste zonnepark van Nederland.

Anterieure Exploitatieovereenkomst

Een anterieure exploitatieovereenkomst biedt de gemeente de mogelijkheid om privaatrechtelijk de grondexploitatiekosten te verhalen op bijvoorbeeld de initiatiefnemer. Er is sprake van een anterieure exploitatieovereenkomst indien de gemeente een overeenkomst sluit voordat een exploitatieplan is vastgesteld. Met de inwerkingtreding van de Wro is verplicht gesteld dat overheden kostenverhaal moeten toepassen. Kostenverhaal is het verrekenen van zogenaamde grondkosten, zoals de kosten van de aanleg van voorzieningen van openbaar nut binnen een bepaald ruimtelijk plan. Kostenverhaal kan plaatsvinden door middel van een exploitatieplan op basis van de Wro of op basis van een anterieure overeenkomst. De wetgever heeft daarbij aangegeven dat de voorkeur bij een anterieure overeenkomst ligt. Een anterieure overeenkomst wordt in de beginfase van een project gesloten en biedt veel onderhandelingsruimte. De contractsvrijheid staat bij een anterieure overeenkomst voorop.²⁰ Indien geen anterieure overeenkomst wordt (of kan worden) afgesloten dient een exploitatieplan te worden opgesteld. Daarbij is men gebonden aan de kostensoortenlijst van artikel 6.2.4 Besluit ruimtelijke ordening (Bro).

Convenant

Een convenant is een afspraak van de overheid met een of meer partijen gericht op het realiseren van bepaalde (beleids-)doelstellingen. In een convenant worden schriftelijke afspraken over het leveren van prestaties vastgelegd. De positie van partijen is gelijkwaardig en partijen hebben contractsvrijheid met betrekking tot hun juridische afspraken.

1.7.1 Tussenconclusie

Zowel PPS, een anterieure exploitatieovereenkomst als een convenant is geschikt om privaatrechtelijke afspraken in op te nemen. De contractsvrijheid biedt de mogelijkheid om afspraken te maken die verder gaan dan het verplichte kostenverhaal op basis van de Wro. Op basis van de Wro kan voor het kostenverhaal gekozen worden voor een anterieure overeenkomst of een exploitatieplan. Om lokale burgerinitiatieven op het gebied van duurzame energie te faciliteren lijkt een anterieure overeenkomst het meest aangewezen middel.

1.8 Faciliteren van energiecoöperaties

Overheidsinstanties kunnen energiecoöperaties ook ondersteunen door lokale energieprojecten te faciliteren. Gemeenten kunnen bijvoorbeeld informatieavonden organiseren over het opzetten van een coöperatieve beweging, een informatiepunt inrichten bij de gemeente voor vragen over lokale energie-initiatieven of een prijsvraag uitschrijven voor een duurzaam energieproject.

¹⁹ <<http://www.zonneparkameland.nl>>

²⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 218, nr. 6 p. 18 en Kamerstukken I, 2006/07, 30 218, D, p.7

Voorbeeld Provincie Zuid-Holland

Om de energietransitie sneller te realiseren hebben de Gedeputeerde Staten van de Provincie Zuid-Holland op 5 januari 2016 een aanzet van een energieagenda vastgesteld. Uit de energieagenda volgt dat de provincie Zuid-Holland lokaal eigenaarschap van schone energieopwekking meer wil gaan stimuleren en ervoor wil zorgen dat kennis beter gedeeld wordt. Daarnaast gaat de provincie onderzoeken hoe de ruimtelijke procedures voor decentrale energieopwekking vereenvoudigd kunnen worden.²¹

1.9 Subsidies

Overheidsinstanties kunnen energiecoöperaties ook steunen door het verlenen van subsidies. In aanvulling op de subsidie Stimulering Duurzame Energieproductie (SDE+) kunnen (decentrale) overheden onder meer subsidies verlenen voor de opbouw van een energiecoöperatie. De SDE+-regeling is de belangrijkste subsidie op het gebied van energieproductie. De subsidie kent geen nadere voorwaarden en is alleen gericht op energieproductie. Binnen deze regeling wordt geen koppeling gelegd met (grond)posities voor lokale energiecoöperaties.

Voorbeeld Coöperatie Duurzame Energie Veenkoloniën

Op 22 mei 2013 heeft de coöperatie Duurzame Energie Veenkoloniën een subsidie toegewezen gekregen van de provincie Groningen van ruim EUR 36.000. Deze subsidie is onder meer bestemd voor de opbouw van de organisatie van de coöperatie. De provincie wilde op deze wijze bijdragen aan een duurzame energievoorziening in dorpen.²²

1.10 Tussenconclusie

Overheidsinstanties kunnen lokale energieprojecten stimuleren door deze projecten te faciliteren. Gedacht kan worden aan het delen van informatie of het aanstellen van één contactpunt voor energiecoöperaties bij gemeenten.

Subsidies ter ondersteuning van de opbouw van de organisatie van de coöperatie kunnen bijdragen aan duurzame energievoorzieningen.

²¹ <<http://www.zuid-holland.nl/kaart/nieuws/@12157/samen-sneller/>>

²² <<http://www.veenstroom.nl/cooperatie-nieuws/subsidie-voor-cooperatie-duurzame-energie-veenkolonien/>>

2. Juridische Context - Aanbestedingsrecht

2.1 Algemeen

Initiatiefnemers van lokale duurzame energieprojecten kunnen in aanraking komen met het aanbestedingsrecht. Het aanbestedingsrecht reguleert het inkoopproces voor aanbestedende diensten bij het plaatsen van concessies of overheidsopdrachten voor werken, leveringen of diensten met als doel om concurrentie te creëren tussen verschillende marktpartijen. Het aanbestedingsrecht is van toepassing op opdrachten van aanbestedende diensten. Hieronder vallen de centrale overheid, provincies, gemeenten, waterschappen, publiekrechtelijke instellingen en samenwerkingsverbanden van voornoemde overheden of publiekrechtelijke instellingen. Voorbeelden van aanbestedende diensten zijn Rijkswaterstaat, Rijksgebouwendienst en Staatsbosbeheer.

Overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel (een op geld waardeerbare tegenprestatie) die zijn gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten en welke overeenkomst ziet op de uitvoering van werken, levering van producten of verlening van diensten. Mogelijke voorbeelden van overheidsopdrachten zijn het aanschaffen van een windturbine door een gemeente, het laten aanleggen van een zonneweide door de rijksoverheid of het inhuren van een adviseur op het gebied van duurzame energie door een waterschap.

Naast overheidsopdrachten kent het aanbestedingsrecht ook concessieopdrachten. Het belangrijkste verschil tussen een concessie en een overheidsopdracht is dat bij een concessie de tegenprestatie zit in de exploitatie en bij een overheidsopdracht in de bezwarende titel. Een voorbeeld van een concessie is het in gebruik geven van grond door een gemeente voor het exploiteren van een windturbine.

Voorbeeld Leeuwarden

Het Rijk, de provincie Fryslân en gemeente Leeuwarden werken samen aan de realisatie van infrastructurele projecten in en rond de stad Leeuwarden. Dit doen zij in het kader van het programma Leeuwarden Vrij-Baan. Eén van de ambities van Leeuwarden Vrij-Baan is de realisatie van zonneparken langs de Haak om Leeuwarden en de invalswegen met het doel om de nieuwe infrastructuur energieneutraal te maken. Leeuwarden Vrij-Baan wil de realisatie en exploitatie van drie verschillende zonneparken uit handen geven aan één exploitant. De opdracht voor de eerste twee percelen betreft het exploiteren van twee zonneparken in de vorm van een concessieopdracht voor diensten in opdracht van de gemeente Leeuwarden. Het derde perceel wordt echter niet in de vorm van een concessieopdracht voor diensten uitgevraagd, maar betreft een overeenkomst tot vestiging van een opstalrecht, waarop de algemene erfpachtvoorwaarden materieel beheer Rijkswaterstaat Rijksvastgoed- en Ontwikkelingsbedrijf van toepassing zijn. Het Rijk wenst geen enkele betrokkenheid bij de exploitatie en kiest derhalve voor een opstalrecht in plaats van een concessieopdracht.

Overheidsopdrachten en concessieopdrachten met een waarde boven onderstaande drempels dienen in beginsel te worden aanbesteed via een Europese aanbestedingsprocedure.

Type opdracht	Drempelbedrag (van 01/01/2016 t/m 31/12/2016)	Voorbeeld
Werken	EUR 5.225.000 (excl. btw)	Bouw windmolenpark.
Leveringen en diensten (centrale overheid)	EUR 135.000 (excl. btw)	De Rijksoverheid schaft zonnepanelen aan.
Leveringen en diensten (decentrale overheid)	EUR 209.000 (excl. btw)	Een gemeente schaft zonnepanelen aan.
Concessie voor diensten en werken	EUR 5.225.000 (excl. btw)	In gebruik geven grond voor exploitatie windturbine.

Als de waarde van de overheidsopdracht of concessie onder de Europese aanbestedingsdrempels ligt, dan hoeft een aanbestedende dienst niet de Europese aanbestedingsregels in acht te nemen. Echter, aanbestedende diensten dienen zich dan nog wel te houden aan hun eigen aanbestedingsbeleid. De meeste (decentrale) overheden hebben een (intern) aanbestedingsbeleid. Sommige (decentrale) overheden hebben in hun aanbestedingsbeleid opgenomen dat ook overheidsopdrachten of concessies met een waarde onder de Europese drempel Europees aanbesteed dienen te worden. Dit betekent dat overheden dus niet alleen de eventuele toepasselijkheid van het Europese aanbestedingsrecht in acht dienen te nemen, maar ook de opdracht of concessie te toetsen aan het eigen aanbestedingsbeleid. Het aanbestedingsrecht biedt in uitzonderingsgevallen ook mogelijkheden om af te wijken van reguliere procedures.

In de hiernavolgende paragrafen is nader uitgewerkt wat vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief de mogelijkheden zijn voor overheden om energiecoöperaties te steunen bij met name het verkrijgen van grondposities voor het opwekken van duurzame energie.

2.2 Niet-aanbestedingsplichtige opdracht

Er kunnen twee (relevante) situaties worden onderscheiden waarbij het (Europese) aanbestedingsrecht niet van toepassing is op de verkoop van grond, het vestigen van een recht van opstal of het vestigen van een recht van erfpacht door een aanbestedende dienst ten behoeve van een lokaal energieproject. Ten eerste vallen overheidsopdrachten en concessieopdrachten met een waarde lager dan de Europese drempelbedragen in beginsel buiten het toepassingsgebied van het Europese aanbestedingsrecht. Ten tweede valt een "eenvoudige" of "zuivere" verkoop, verhuur of opstalrecht in beginsel buiten het aanbestedingsrechtelijk kader.

Drempelbedragen

Het Europese aanbestedingsrecht is niet van toepassing op overheidsopdrachten of concessies met een waarde lager dan de Europese drempelwaarden.²³ Overheidsinstanties blijven echter wel gebonden aan de Nederlandse wet- en regelgeving en het primaire Unierecht. Voor opdrachten beneden de Europese drempelwaarden zijn geen wettelijk voorgeschreven aanbestedingsprocedures. Wel schrijft de Gids Proportionaliteit voor dat bij een opdracht met een waarde lager dan de Europese drempelbedragen een aanbestedingsprocedure gekozen dient te worden die het beste aansluit bij het voorwerp van de desbetreffende aanbesteding. Bovendien dient een overheidsinstantie de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht te respecteren indien een opdracht een grensoverschrijdend belang heeft. Of er sprake is van een grensoverschrijdend belang dient te worden beoordeeld aan de hand van de waarde, aard en de plaats van uitvoering van de opdracht.²⁴ De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht schrijven voor dat een overheidsinstantie onder meer het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel in acht moet nemen. Deze beginselen kunnen in bepaalde omstandigheden vereisen dat een overheidsinstantie een opdracht – ook al is de waarde van de opdracht lager dan de Europese drempelbedragen – moet aankondigen en dat alle partijen onder gelijke voorwaarden kunnen meedingen naar de opdracht.

Tot slot blijven overheden ook gebonden aan hun eigen aanbestedingsbeleid, ook al is de waarde van een overheidsopdracht lager dan het toepasselijke Europese drempelbedrag. Uit het interne aanbestedingsbeleid kan volgen dat een aanbestedende dienst een Europese aanbestedingsprocedure moet starten ook al valt de opdracht strikt genomen buiten het bereik van het Europese aanbestedingsrecht. Overheidsinstanties dienen derhalve te allen tijde hun eigen aanbestedingsbeleid in de gaten te houden.

Geen overheidsopdracht

Het verkopen van een kavel, het verhuren van een stuk grond of het vestigen van een recht van opstal aan een coöperatie door een aanbestedende dienst zoals Rijkswaterstaat of een gemeente is in beginsel geen overheidsopdracht in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet (AW). In het kader van een dergelijke opdracht treedt de overheidsinstantie namelijk op als verkoper, verhuurder of opstalgever van de grond en niet als inkoper.

Er is pas sprake van een opdracht in de zin van het aanbestedingsrecht indien er sprake is van (i) een schriftelijke overeenkomst; (ii) die is gesloten onder bezwarende titel; en (iii) die betrekking heeft op de

²³ Zie par. 6.1 voor de toepasselijke drempelbedragen.

²⁴ HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (SECAP).

uitvoering van werken, leveringen of diensten. In de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is het begrip "bezwarende titel" verduidelijkt. Hieruit volgt dat een aanbestedende dienst een "rechtstreeks economisch belang" moet hebben bij de prestatie. Er is sprake van een rechtstreeks economisch belang indien (i) de overheidsinstantie eigenaar wordt van het werk; (ii) het werk een openbaar karakter heeft; of (iii) het werk gedeeltelijk of geheel voor rekening en of risico van de overheidsinstantie plaatsvindt of de overheidsinstantie financieel voordeel uit het werk kan halen.

Daarnaast moet de prestatie van de opdrachtnemer afgedwongen kunnen worden door de overheidsinstantie wil er sprake zijn van een bezwarende titel. Doorgaans wordt in het licht van gebiedsontwikkeling een bouwplicht of terugleverplicht afgesproken. Indien er sprake is van een bouwplicht en de opdrachtnemer gedwongen kan worden om het werk te bouwen, is er sprake van een bezwarende titel. Indien slechts een terugleverplicht is afgesproken is er geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht omdat de opdrachtnemer niet gedwongen kan worden het werk te bouwen.

Tot slot is sprake van een overheidsopdracht voor werken indien een aanbestedende dienst eisen stelt ten aanzien van het werk (bijv. een energie-installatie) die verdergaan dan de eisen die de overheidsinstantie op basis van haar publiekrechtelijke bevoegdheden mag stellen. Overheden mogen bij het sluiten van een verkoop- of huurovereenkomst op basis van hun publiekrechtelijke bevoegdheden eisen stellen. Hierbij kan gedacht worden aan het stellen van eisen op basis van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (WABO) of het Bouwbesluit. In het licht van het aanbestedingsrecht staat het overheden echter niet vrij om in aanvulling op de eisen op basis van publiekrechtelijke bevoegdheden andere eisen op te leggen bij een verkoop- of huurovereenkomst. Dit betekent dat een overheid wel eisen kan stellen ten aanzien van bijvoorbeeld de hoogte van een windturbine, maar niet ten aanzien van de wijze waarop de windturbine vervolgens geëxploiteerd moet worden.

Kortom, een "eenvoudig" of "zuiver" recht van opstal, verkoop of verhuur van grond aan een coöperatie is in beginsel geen aanbestedingsplichtige opdracht. Het staat een gemeente of andere overheid dan ook vrij om een recht van opstal op de overheidsgrond te vestigen, grond te verkopen of de grond te verhuren ten behoeve van een energiecoöperatie.²⁵ Indien nadere voorwaarden worden gesteld aan het recht van opstal, verkoop of verhuur, kan de opdracht aanbestedingsplichtig worden en dient deze via de (Europese) aanbestedingsregels in de markt te worden gezet.

2.3 Steunen van energiecoöperaties

Het aanbestedingsrecht biedt mogelijkheden om lokale energiecoöperaties op basis van het aanbestedingsrecht te steunen. Indien een opdracht aanbestedingsplichtig is, zijn er echter wel degelijk methoden om lokale energiecoöperaties te steunen in het licht van het aanbestedingsrecht.

Casus gemeente Utrechtse Heuvelrug

In de gemeente Utrechtse Heuvelrug wil een ondernemer in samenwerking met een coöperatie zonnepanelen plaatsen op een geluidsscherm langs de A12. De gemeente en Rijkswaterstaat (RWS) willen de combinatie graag ondersteunen, maar het Rijksvastgoedbedrijf (RVB) eist een openbare biedprocedure. Het project gaat om ongeveer 4000 panelen. Kan het RVB het recht van opstal op het geluidsscherm 1-op-1 gunnen aan de combinatie?

Het vestigen van een recht van opstal door een aanbestedende dienst, zoals het RVB, is in beginsel geen overheidsopdracht in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet.

Een dergelijk recht kan 1-op-1 gegund worden als voldaan is aan de volgende voorwaarden: (i) de combinatie betaalt een marktconforme vergoeding; (ii) het RVB stelt geen nadere eisen aan de opstal dan zij op haar publiekrechtelijke bevoegdheden mag stellen; (iii) het RVB heeft geen rechtstreeks economisch belang in de realisatie van de zonnepanelen; en (iv) er is voldoende ruimte voor andere projecten met betrekking tot zonnepanelen op geluidsschermen in Nederland.

Marktconforme vergoeding

Er zijn verschillende methoden om een marktconforme vergoeding vast te stellen. Gedacht kan

²⁵ Met inachtneming van de staatssteunregels.

worden aan het laten uitvoeren van een taxatie door een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen om de marktwaarde van het recht van opstal te bepalen op basis van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria.

Geen nadere eisen

Het RVB mag bij het vestigen van een recht van opstal eisen stellen die het RVB op basis van haar publiekrechtelijke bevoegdheden mag stellen. In het licht van het aanbestedingsrecht staat het RVB echter niet zomaar vrij om in aanvulling op de eisen op basis van publiekrechtelijke bevoegdheden andere eisen op te leggen bij een vestiging van een opstalrecht. Hierbij kan gedacht worden aan eisen met betrekking tot het type zonnepaneel of de wijze waarop de zonnepanelen dienen te worden geëxploiteerd.

Geen rechtstreeks economisch belang

Het RVB mag geen rechtstreeks economisch belang hebben in het energieproject. Er is sprake van een rechtstreeks economisch belang indien het RVB economische voordelen kan halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van de zonnepanelen, in het feit dat het financieel aan de verwezenlijking van de zonnepanelen heeft deelgenomen of in de risico's die het loopt bij de economische mislukking van de zonnepanelen.

Schaarse rechten

Er is sprake van een schaars recht indien de som van het aantal aanvragen de omvang van het aantal beschikbare publieke rechten overtreft. In bepaalde omstandigheden kan een dergelijke kwalificatie betekenen dat potentiële gegadigden mee moeten kunnen dingen naar het recht door middel van een verdelingsprocedure.

Voorwaarden in de aanbestedingsprocedure

Een aanbestedingsplichtige opdracht moet door middel van het organiseren van een aanbestedingsprocedure in de markt worden gezet. Een marktpartij kan worden geselecteerd door middel van selectiecriteria, gunningscriteria, uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Deze eisen kunnen zodanig worden opgesteld dat coöperaties een grotere kans maken om als marktpartij te worden geselecteerd.

Uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen zijn eisen waar marktpartijen aan moeten voldoen om deel te kunnen nemen aan de aanbestedingsprocedure. De verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden zijn voorgeschreven in de Aanbestedingswet. Verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden bieden geen ruimte om coöperaties een grotere kans te laten maken om een aanbesteding te winnen. Uitsluitingsgronden schrijven bijvoorbeeld voor dat een marktpartij geen onderdeel mag zijn van een criminele organisatie of niet in staat van faillissement mag zijn.

Geschiktheidseisen betreffen eisen inzake financiële en economische draagkracht, technische en beroepsbekwaamheid en beroepsbevoegdheid. Met name de eis van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan worden ingezet om coöperaties een steuntje in de rug te geven. Voordat een aanbestedingsprocedure wordt uitgeschreven dient een aanbestedende dienst de kerncompetenties te omschrijven waarover een marktpartij moet beschikken om de uitgevraagde opdracht succesvol te kunnen uitvoeren. Deze kerncompetenties kunnen vervolgens worden getoetst door middel van referentieprojecten. De kerncompetenties kunnen zodanig worden opgesteld dat geëist wordt dat marktpartijen beschikking moeten hebben over ervaring met directe burgerparticipatie en met het creëren van draagvlak onder de direct omwonenden van een project.

Ook de selectie- en gunningscriteria kunnen zodanig worden opgesteld dat coöperaties een grotere kans maken bij het winnen van een aanbestedingsprocedure. Bij een aanbestedingsprocedure met voorselectie kiest een aanbestedende dienst de meest geschikte marktpartijen die mogen meedoen aan de daadwerkelijke selectie door het toepassen van selectiecriteria. Selectiecriteria zijn vergelijkbaar met geschiktheidseisen, maar verschillen wel degelijk van elkaar. Een marktpartij voldoet wel of niet aan een geschiktheidseis, terwijl selectiecriteria een gedetailleerder onderscheid maken tussen de verschillende marktpartijen. Een aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld aan marktpartijen vragen om alle referentieprojecten in te dienen waarbij gebruik is gemaakt van directe burgerparticipatie, waarbij de marktpartijen met de meeste referentieprojecten mogen meedoen aan de selectie. Hierdoor wordt de kans dat coöperaties geselecteerd worden aanzienlijk groter.

Tot slot bieden ook gunningscriteria ruimte om coöperaties te steunen in een aanbestedingsprocedure. Een aanbestedende dienst dient een overheidsopdracht te gunnen aan de

economisch meest voordelige inschrijving. De economisch meest voordelige inschrijving wordt vastgesteld op basis van (i) beste prijs-kwaliteitverhouding, (ii) laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, of (iii) laagste prijs. Een aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld ervoor kiezen om een stuk grond in erfpacht te geven tegen een reeds vastgesteld canon.²⁶ De aanbestedende dienst kan er vervolgens voor kiezen om marktpartijen te laten inschrijven met een plan van aanpak en een business case op basis waarvan de marktpartijen worden beoordeeld.

In de gunningscriteria kan een overheidsinstantie vervolgens voorschrijven dat marktpartijen in hun plan van aanpak moeten beschrijven op welke manier de burger kan participeren in de opdracht en op welke manier draagvlak onder de omwonenden wordt gecreëerd. Door een voldoende hoge waarde toe te kennen aan dergelijke kwalitatieve criteria, maken coöperaties een relatief grote kans om dergelijke aanbestedingsprocedures te winnen.

Voorbeeld Leeuwarden Vrij-Baan

Bij de aanbesteding voor de drie zonneparken van Leeuwarden Vrij-Baan is gekozen voor een subgunningscriterium waarbij een belang gehecht wordt aan burgerparticipatie. Er is gekozen voor het gunningscriterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding', waarbij de verhouding prijs-kwaliteit is vastgesteld op 60-40. De prijs wordt beoordeeld op basis van de inschrijvingssom. De kwaliteit wordt beoordeeld op basis van (i) het communicatie- en participatieplan (15%); (ii) het businessplan (10%); (iii) het voorlopig ontwerp en onderhoudsplan; (10%) en (iv) het risicobeheersplan (5%).

In het communicatie- en participatieplan dient de gegadigde te beschrijven:

"De mate van het betrekken van omwonenden en/of lokale bedrijven en organisaties in de realisatie en exploitatie van het park, de mate waarin omwonenden, bedrijven en/of lokale organisaties worden betrokken bij de financiering en realisatie van het zonnepark en de mate waarin deze mogelijkheden voldoende duidelijk zijn beschreven, alsmede de frequentie en inhoud van de maatregelen, een en ander zoals beschreven in [...]."²⁷

Percelen

Door een opdracht laagdrempelig te maken kunnen coöperaties ook worden gestimuleerd om mee te dingen naar een opdracht. Een overheidsinstantie kan bijvoorbeeld een opdracht opknippen in verschillende percelen, zodat ook een coöperatie met een beperkte capaciteit kan inschrijven op de aanbesteding. Daarnaast kan in sommige situaties gebruik worden gemaakt van de zogenaamde percelenregeling. Conform de percelenregeling kunnen kleine opdrachten buiten een Europese aanbesteding worden gehouden. Om gebruik te kunnen maken van de percelenregeling moet aan de volgende cumulatieve eisen zijn voldaan:

- (i) de rest van de opdracht wordt Europees aanbesteed; en
- (ii) de percelen die buiten de Europese aanbestedingsprocedure worden gehouden vormen gezamenlijk niet meer dan 20% van de totale waarde van de alle percelen gezamenlijk; en
- (iii) voor leveringen en diensten mag de waarde per perceel dat buiten de Europese aanbesteding wordt gehouden niet meer bedragen dan EUR 80.000 (exclusief btw), of voor werken EUR 1.000.000 (exclusief btw).²⁸

2.4 Schaarse publiekrechtelijke rechten

Overheidsinstanties kunnen doorgaans op basis van hun publiekrechtelijke bevoegdheden rechten uitgeven aan marktpartijen, zoals coöperaties. Deze publiekrechtelijke rechten, zoals vergunningen of subsidies, zijn schaars als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft. Bekende voorbeelden van schaarse rechten zijn openbaar vervoerconcessies, exploitatievergunningen voor speelautomaten en vergunningen voor openstelling van supermarkten

²⁶ Uiteraard dient de hoogte van de canon in overeenstemming te zijn met de regels van staatssteun. Zie hoofdstuk 3.

²⁷ Aanbestedingsleidraad Zonneparken Leeuwarden Vrij-Baan, Concessieopdracht en overeenkomst van opstal Projectnummer 16 – 40 – ZP, p. 34.

²⁸ N. Groot, D. Radder & K. van der Woerdt, 'Het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht: de decentrale overheden als opdrachtgever', in: B. Hessel, Het recht van de EU voor decentrale overheden. Een praktische handleiding voor Europabewuste provincies en gemeenten, Ars Aequi Libri 2016, p. 128.

op zondag. In bepaalde omstandigheden kunnen ook sommige rechten in verband met de opwek van duurzame energie kwalificeren als een schaars recht.

Op 25 mei 2016 heeft advocaat-generaal Widdershoven de vraag van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beantwoord of bestuursorganen bij de verdeling van schaarse vergunningen potentiële gegadigden de mogelijkheid moet bieden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen.²⁹ In zijn conclusie betoogt de advocaat-generaal dat een rechtsnorm bestaat die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden de ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel (het beginsel van gelijke kansen). De rechtsnorm sluit in beginsel geen enkele verdelingsprocedure uit, ook niet de verdeling op volgorde van binnenkomst. Wel moet het bestuur ter realisering van het beginsel van gelijke kansen een 'passende mate van openbaarheid' garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Om als 'passend' te kwalificeren moet deze informatie tijdig worden verstrekt (voor het begin van de aanvraagperiode), moet zij adequaat bekend worden gemaakt en moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. De eis van passende openbaarheid wordt bij voorkeur gebaseerd op een contextueel te erkennen nationaal beginsel van transparantie.

Lange tijd was onduidelijk aan welke rechtsnormen een bestuursorgaan moet voldoen bij het verlenen van schaarse rechten. De conclusie van de advocaat-generaal biedt richtlijnen. In het licht van deze conclusie dienen overheidsinstanties te onderzoeken of het te verlenen publiekrechtelijke recht kwalificeert als een schaars recht. Indien er sprake is van een schaars recht dient de overheidsinstantie alle potentiële gegadigden van een schaars recht in de gelegenheid te stellen om mee te dingen. Deze rechtsnorm sluit in beginsel geen enkele verdelingsprocedure uit, ook niet de verdeling op volgorde van binnenkomst. Wel moet een "passende mate van openbaarheid" worden gerealiseerd met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht. De eis van passende openbaarheid stelt specifieke eisen aan (i) de tijdige verstrekking van de informatie; (ii) de adequate bekendmaking van de informatie en (iii) duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van de verdeelregels.

Het bovenstaande betekent dat een overheidsinstantie een schaars recht in beginsel niet onderhands mag gunnen. Wel kan het verlenen van een schaars recht op volgorde van binnenkomst van aanvraag uitkomst bieden zolang deze verdelingsprocedure voldoet aan de eis van "passende mate van openbaarheid". Dit leerstuk is volop in ontwikkeling. De conclusie van de advocaat-generaal is niet bindend, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dient hierover nog uitspraak te doen.

2.5 Tussenconclusie

Het aanbestedingsrecht biedt mogelijkheden om coöperaties te steunen bij het verwerven van grondposities voor het opwekken van duurzame energie. Vooropgesteld dient te worden dat niet alle opdrachten aanbestedingsplichtig zijn. Een 'eenvoudig' recht van opstal, erfpacht of verkoop van een stuk grond ten behoeve van een coöperatie is in beginsel geen aanbestedingsplichtige opdracht. Het staat een gemeente of andere overheidsinstantie dan ook vrij om een recht van opstal te vestigen op een stuk overheidsgrond of deze grond te verkopen of verhuren aan een coöperatie.³⁰ Overheden mogen bij het sluiten van een verkoop- of huurovereenkomst op basis van haar publiekrechtelijke bevoegdheden eisen stellen. Indien nadere voorwaarden worden gesteld aan het recht van opstal, verkoop of verhuur, kan de opdracht aanbestedingsplichtig worden en dient deze via de (Europese) aanbestedingsregels in de markt te worden gezet.

Het daadwerkelijk bevoordelen van coöperaties dient voorkomen te worden om niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het discriminatiebeginsel te handelen.

²⁹ Conclusie AG Widdershoven van 25 mei 2016, zaaknummer 201406676/2, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

³⁰ Met inachtneming van de regels inzake staatssteun, zie hoofdstuk 3.

3. Juridische Context - Staatssteunrecht

3.1 Algemeen

Ook het staatssteunrecht kan een rol spelen bij het opzetten van energieprojecten door coöperaties. Staatssteun is het verschaffen van een bepaald (financieel) voordeel door de overheid aan een of meer ondernemingen (waaronder coöperaties). Het staatssteunrecht reguleert deze invloed van de overheid op de markt teneinde ervoor te zorgen dat er geen oneerlijke concurrentie ontstaat tussen marktpartijen. Artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bevat de volgende cumulatieve criteria voor de kwalificatie van staatssteun:

- i. *niet-marktconform voordeel aan een onderneming (waaronder coöperaties);*
- ii. *dat bekostigd wordt door staatsmiddelen;*
- iii. *dat selectief is;*
- iv. *dat de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen; en*
- v. *het handelsverkeer tussen de lidstaten beïnvloedt.*

Om te bepalen of sprake is van staatssteun dient te worden beoordeeld of de investering van de overheid marktconform is, waarbij wordt beoordeeld of in soortgelijke omstandigheden een particuliere investeerder eenzelfde investering zou doen. Bij grondtransacties tussen de overheid en een coöperatie speelt staatssteun met name een rol wanneer de transactie niet-marktconform is. Dit betekent dat bij grondtransacties in ieder geval een marktconforme prijs betaald dient te worden voor de grond, erfpacht of recht van opstal aangezien er anders sprake is van een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU. Een transactie kan daarnaast ook op andere aspecten als niet-marktconform kwalificeren. Staatssteun is echter niet per definitie verboden, maar moet wel worden aangemeld bij de Europese Commissie (EC). Uitsluitend de Europese Commissie is belast met de handhaving van het staatssteunrecht en heeft de marktconformiteit van bepaalde transacties nader toegelicht in de "Mededeling betreffende het begrip Staatssteun".³¹ De "Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties"³² is door de "Mededeling betreffende het begrip Staatssteun" ingetrokken.

3.2 Marktconformiteit

Als methode om te bepalen of een bepaalde transactie marktconform is hanteert de Europese Commissie het criterium van "de marktdeelnemer in de markteconomie". Het achterliggende beleid van de overheid doet hierbij niet ter zake. Bij het vaststellen van de marktconformiteit maakt de Europese Commissie onderscheid tussen situaties waarbij marktconformiteit rechtstreeks aan de hand van marktgegevens kan worden bepaald en situaties waarbij aan de hand van andere beschikbare methoden de marktconformiteit van een transactie dient te worden bepaald.

Marktconformiteit kan rechtstreeks worden vastgesteld:

- a) wanneer de transactie plaatsvindt op voet van gelijkheid tussen overheidsinstanties en private partijen; of
- b) wanneer de grondtransactie plaatsvindt via een concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure.

Indien een grondtransactie plaatsvindt op basis van een van deze twee methoden dan levert dit direct en specifiek bewijs op dat de transactie marktconform is. Indien een transactie echter niet op een dergelijke wijze heeft plaatsgevonden betekent dit niet automatisch dat een grondtransactie niet-marktconform is. In dit soort zaken kan de marktconformiteit nog steeds worden beoordeeld aan de hand van (i) benchmarking of (ii) andere waarderingsmethoden.

Marktconformiteit kan worden bepaald aan de hand van andere waarderingsmethoden:

- a) wanneer de grondtransactie wordt beoordeeld in het licht van de voorwaarden waarop

³¹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PbEU 2016, C 262/1.

³² Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, PbEU 1997, C209/3.

vergelijkbare transacties door vergelijkbare particuliere partijen in vergelijkbare situaties hebben plaatsgevonden (benchmarking); of

- b) wanneer gebruikgemaakt wordt van algemeen aanvaarde standaardwaarderingsmethoden. Dit soort methodes moeten zijn gebaseerd op de beschikbare objectieve, verifieerbare en betrouwbare gegevens (bijv. taxatie).

3.3 Vrijstelling van staatssteun

Bepaalde vormen van overheidsmaatregelen vallen buiten het toepassingsbereik van het staatssteunrecht. De belangrijkste algemene uitzonderingen op het gebied van staatssteun zijn de de-minimisverordening³³ en de algemene groepsvrijstellingsverordening.³⁴ Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen beide verordeningen uitkomst bieden. De de-minimisverordening stelt een grens aan de toegestane steun van EUR 200.000 in drie jaar per onderneming. Dit betekent dat een (decentrale) overheid in beginsel alle vormen van staatssteun ter waarde van meer dan deze drempel dienen aan te melden bij de Europese Commissie. De algemene groepsvrijstellingsverordening heeft echter ook bepaalde steun op het gebied van milieu en hernieuwbare energie vrijgesteld van de aanmeldingsplicht.

3.4 Voorkomen van staatssteun

Staatssteun kan zich in verschillende vormen manifesteren. Gedacht kan worden aan een te lage verkoopprijs van een stuk grond, een te laag erfpachtcanon of een te lage vergoeding voor een recht van opstal. Een overtreding van het staatssteunrecht kan worden voorkomen door aan te tonen dat een grondtransactie marktconform is. De Europese Commissie beschrijft in de Mededeling Staatssteun welke methoden daarvoor geschikt zijn.³⁵ De meest geëigende methoden om marktconformiteit aan te tonen zijn het inschakelen van een onafhankelijke taxateur om de waarde van grond vast te stellen of het starten van een concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure.

3.5 Tussenconclusie

Het staatssteunrecht hoeft geen beletsel te zijn om coöperaties te steunen bij het verwerven van grondposities voor het opwekken van duurzame energie. Staatssteun speelt pas een rol op het moment dat een grondtransactie plaatsvindt onder niet-marktconforme voorwaarden. Deze voorwaarden zijn niet beperkt tot een lage grondprijs, maar kunnen ook te vinden zijn in een bepaalde korting, lening tegen een te lage rente of belastingvoordelen.

In het geval van het vestigen van een recht van opstal, verkoop of verhuur van een stuk grond is een taxatie in beginsel voldoende op basis van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria uitgevoerd door een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen.

³³ Verordening 1407/2013, Pb. 2013, L352/1.

³⁴ Verordening 651/2014, Pb. 2014, L187/1.

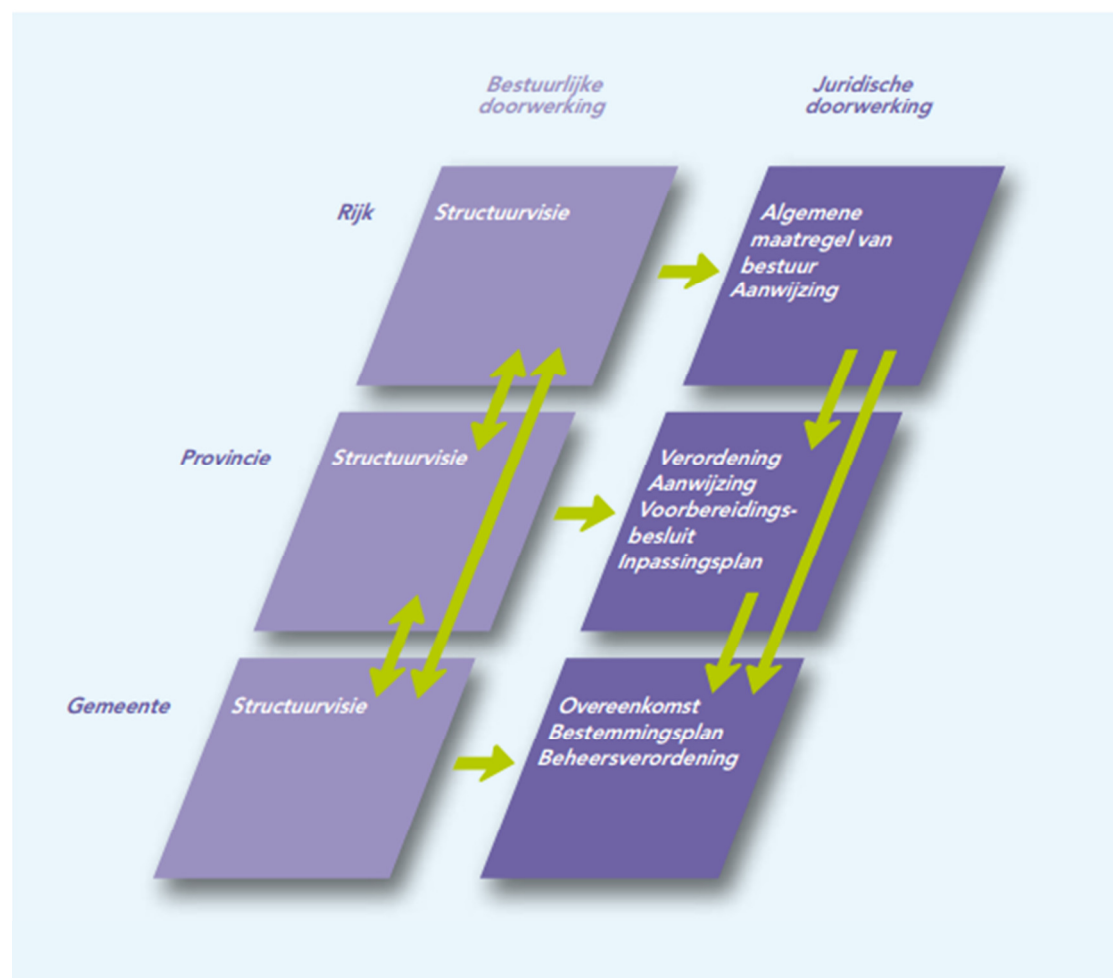
³⁵ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PbEU 2016, C 262/1.

4. Juridische context - Omgevingsrecht

4.1 Wet ruimtelijke ordening

Centrale en decentrale overheden beschikken over een publiekrechtelijk bevoegdhedeninstrumentarium met betrekking tot de ruimtelijke inpassing van lokale duurzame energieprojecten. Deze bevoegdheden zijn met name gebaseerd op de Wet ruimtelijke ordening (Wro), Besluit ruimtelijke ordening (Bro), Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (WABO) en aanverwante wetten.

De Wet ruimtelijke ordening (Wro) schrijft voor dat zowel het Rijk, provincies als gemeenten voor hun grondgebied één of meerdere structuurvisies vaststellen. Deze visies bevatten de voorgenomen ontwikkelingen van dat gebied en de hoofdzaken van het daarbij behorende beleid. Tevens dient aangegeven te worden hoe het beleid wordt verwezenlijkt. Een bestuursorgaan wordt beleidsmatig gebonden door de structuurvisie dat het heeft vastgesteld. Afwijking van vastgesteld beleid vereist een zwaarwegende motivering.³⁶ Bestuursorganen dienen het beleid van andere bestuursorganen te betrekken in hun besluitvorming, maar zijn daar niet aan gebonden.³⁷



Bron: VNG, Milieu in ruimtelijke plannen, blz. 5, juli 2008.

³⁶ ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5428.

³⁷ ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295.

De Wro bepaalt verder dat een gemeente voor het gehele grondgebied één of meerdere bestemmingsplannen vaststelt.³⁸ In deze bestemmingsplannen worden aan gronden bestemmingen toegekend op basis van een goede ruimtelijke ordening. Aan deze bestemmingen worden vervolgens regels gesteld omtrent de gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden. De goede ruimtelijke ordening is niet gedefinieerd in de wet en betreft een algemene, complexe belangenafweging. De Memorie van Toelichting (MvT) verwoordt het als volgt: *"De ruimtelijke ordening heeft als doel zo gunstig mogelijke voorwaarden te creëren voor het gebruik en de ontwikkeling van een bepaald gebied."* Inkleuring van deze toets vindt dan ook plaats door middel van de rechtspraak. De grootte van een project doet in dit kader niet ter zake. Zowel een klein als een groot project dient te voldoen aan het criterium van een goede ruimtelijke ordening.

De Wro biedt de mogelijkheid aan het Rijk en provincies om een inpassingsplan vast te stellen. Dit kan als er nationale of provinciale belangen in het geding zijn. Qua procedure en inhoud verschilt een inpassingsplan niet van een bestemmingsplan. Provincie of Rijk treden dan in de plaats van de gemeente.

Om besluitvorming te bespoedigen bevat de Wro zogenoemde coördinatieregelingen. Deze regelingen zien op gecoördineerde besluitvorming en één gecombineerde beroepsgang. Zowel gemeente, provincie als Rijk kan hier gebruik van maken. Daarbij dient opgemerkt te worden dat provincie en Rijk medewerking voor coördinatie kunnen vorderen.

Rijk en provincie kunnen door algemene regels hun beleid juridisch laten doorwerken. Het Rijk doet dit door middel van Algemene Maatregelen van Bestuur (AMvB) en provincies door middel van verordeningen. Indien planvorming (van een gemeente) in strijd is met een AMvB of verordening kan worden ingrepen door middel van een zogenoemde reactieve aanwijzing. Met deze aanwijzing wordt bereikt dat de betreffende ruimtelijke ontwikkeling niet in werking treedt. Dit instrument geeft een sterke doorwerkingsmacht. Uit de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) volgt dat deze reactieve aanwijzingen marginaal worden getoetst.³⁹

Met de inwerkingtreding van de Wro is ook verplicht gesteld dat overheden kostenverhaal moeten toepassen. Kostenverhaal is het verrekenen van zogenaamde grondkosten, zoals de kosten van de aanleg van voorzieningen van openbaar nut binnen een bepaald ruimtelijk plan. Kostenverhaal kan plaatsvinden door middel van een exploitatieplan op basis van de Wro of op basis van een anterieure overeenkomst. De wetgever heeft daarbij aangegeven dat de voorkeur bij een anterieure overeenkomst ligt. Een anterieure overeenkomst wordt in de beginfase van een project gesloten en biedt veel onderhandelingsruimte. Contractsvrijheid staat bij een anterieure overeenkomst voorop.⁴⁰ Indien geen anterieure overeenkomst wordt (of kan worden) gesloten dient een exploitatieplan te worden opgesteld. Daarbij is men gebonden aan de bouwplannen zoals opgenomen in artikel 6.2.1 Besluit ruimtelijke ordening (Bro) en de kostensoortenlijst van artikel 6.2.4 Bro. Voor de aangewezen bouwplannen geldt dat het daarbij dient te gaan om gebouwen in de zin van de Woningwet.⁴¹ Indien er geen sprake is van een gebouw in de zin van de Woningwet, dan is er ook geen sprake van verplicht kostenverhaal op basis van de Wro. In de praktijk blijkt dat grondeigenaren en projectontwikkelaars bij voorkeur een anterieure overeenkomst sluiten.

Daar waar er met grondeigenaren en exploitanten een anterieure overeenkomst wordt afgesloten, biedt de Wro mogelijkheden voor de ondersteuning van lokale coöperatieve initiatieven bij het verwerven van grondposities voor het opwekken van duurzame energie. Overheden kunnen via deze weg proberen lokale coöperatieve initiatieven te faciliteren. Dit is met name relevant voor windprojecten.

³⁸ Conform artikel 3.38 Wro kan ook een Beheersverordening worden vastgesteld. Deze legt de bestaande situatie vast en geeft geen ontwikkelingsruimte.

³⁹ Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 20-10-2010, No. 200910210/1/R1, LJN: BO1178.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 218, nr. 6 p. 18 en *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 218, D, p.7

⁴¹ Artikel 1 lid 1 Woningwet: *gebouw*: bouwwerk dat een voor mensen toegankelijke overdekte geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte vormt.

Casus gemeente Zutphen

De gemeente Zutphen heeft in haar gemeentebestuur opgenomen dat duurzame energieprojecten alleen ontwikkeld mogen worden in samenwerking met lokale partijen. Alle initiatieven van projectontwikkelaars worden afgewezen als zij niet samenwerken met lokale partijen. Is dit mogelijk?

Uit het systeem van de Wro komt naar voren dat structuurvisies het beleidsmatige kader vormen. Juridische doorwerking vindt plaats door AMvB's, verordeningen en inpassings- en bestemmingsplannen. Duurzame energieprojecten kunnen door een gemeente alleen mogelijk worden gemaakt door een bestemmingsplan of een Wabo-projectbesluit. Het afwegingskader is daarbij het criterium van een goede ruimtelijke ordening. Een verplichte samenwerking met lokale partijen zal niet (snel) onder deze goede ruimtelijke ordening kunnen vallen. Wel kan de gemeente via een anterieure overeenkomst met projectontwikkelaars afspreken om samen te werken met lokale partijen.

4.2 Besluit ruimtelijke ordening

Het Bro stelt inhoudelijke eisen aan structuurvisies, bestemmings- en inpassingsplannen. In het kader van een goede ruimtelijke ordening mag worden gebrancheerd in de branches detailhandel en horeca. Ook bevat het Bro specifieke eisen voor een exploitatieplan, waaronder de kostensoortenlijst van artikel 6.2.4 Bro, waar niet van afgeweken kan worden.

Het Bro kent op dit moment geen mogelijkheden om lokale coöperatieve initiatieven bij het verwerven van grondposities voor het opwekken van duurzame energie te faciliteren.

Casus gemeente Nederweert

De gemeente Nederweert heeft in haar beleid eisen opgenomen met betrekking tot windontwikkeling. Het beleid bestaat uit onder meer de volgende uitgangspunten:

1. De opbrengsten moeten maximaal terugvloeien naar de lokale gemeenschap.
2. Bij voorkeur wordt een substantieel deel coöperatief ontwikkeld.

Op basis van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) dient kostenverhaal plaats te vinden. Dit kan enerzijds door middel van een anterieure overeenkomst (AO) of anderzijds door middel van een exploitatieplan. Een AO is vormvrij. Dit betekent dat met ontwikkelaars kan worden overeengekomen dat de opbrengsten maximaal moeten terugvloeien naar de lokale gemeenschap en een substantieel deel coöperatief moet worden ontwikkeld. Indien het niet lukt om een AO vast te stellen, dient een exploitatieplan te worden vastgesteld. Daarbij kunnen alleen vaste kostensoorten worden betrokken. De eisen uit het beleid van de gemeente kunnen dan niet mee worden genomen.

Casus gemeente Geldermalsen

Betuwewind is een project waarin mogelijk windmolens bij knooppunt Deil en de Avri in Geldermalsen ontwikkeld worden. In Betuwewind werken overheden, burgers en projectontwikkelaars samen om twee windparken te ontwikkelen. Bij Avri is sprake van drie molens en bij Deil is plaats voor 9-11 molens in het windvisiegebied van de provincie en gemeenten. Bij elkaar zijn de twee parken goed voor een vermogen van 30-40 MW. Na een intensief overlegproces is een procedure afgesproken met de gemeente Geldermalsen, gemeente Neerijnen en provincie Gelderland om tot een bouwvergunning te komen. Om uitvoering te geven aan de gemeentelijke windvisie is de Burgercoöperatie Geldermalsen-Neerijnen opgericht die een ontwikkelbelang in beide parken heeft verworven van 25%. Dit betekent dat iedereen via de coöperatie mede-eigenaar van beide parken kan worden en een stem kan hebben in de ontwikkeling.

De ontwikkelaars zullen samen het plan maken wat moet leiden tot een bouwvergunning. De burgercoöperatie speelt hierin een actieve rol en investeert mee in de ontwikkelkosten. Als de vergunning onherroepelijk is geworden kan de bouw beginnen. Ook in de exploitatiefase van de windparken zal de burgerwindcoöperatie eigenaar blijven waardoor iedereen uit de omliggende gemeenten mee kan profiteren van de opgewekte duurzame stroom en van het rendement op de investering die gezamenlijk is opgebracht.

Energiecoöperaties moeten meedoen in het project, maar het is niet gedefinieerd hoe deze samenwerking eruit moet zien. Coöperaties wensen een substantieel deel van het windpark in eigendom te krijgen, terwijl projectontwikkelaars slechts obligaties willen uitgeven. Kan de gemeente eisen dat een substantieel deel van het windpark in eigendom moet komen van een coöperatie?

Planologische besluitvorming dient plaats te vinden op basis van een goede ruimtelijke ordening. Daarbij kunnen eigendoms- en opstalrechten in principe geen rol spelen. In dit geval is er sprake van een goede ruimtelijke ordening (initiatieven passen binnen de windvisie) en zijn de projectontwikkelaars en omwonenden al tot een akkoord gekomen over de ontwikkel- en exploitatierechten. Uiteindelijk is er hier sprake van een onderhandelingsresultaat. Voor ontwikkelaars en grondeigenaren moet er een businesscase overblijven die voldoende interessant is. Daarnaast kan het wel helpen als het beleid eenduidig is en ontwikkelaars weten waar zij aan toe zijn. Voor de overheden kan het van belang zijn om meerdere locaties in portefeuille te hebben zodat ontwikkelaars (als zij al een grondpositie hebben bemachtigd) niet bij voorbaat al weten dat overheden niet om hun heen kunnen. Om lokale coöperaties op basis van het omgevingsrecht voorrang te geven dient de wet- en regelgeving te worden aangepast. Daarbij kan gekeken worden naar het Bro of de Crisis- en Herstelwet (CHw).

4.3 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht

De Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is op 1 oktober 2010 in werking getreden teneinde in het omgevingsrecht tot één integrale omgevingsvergunning te komen. Onder de omgevingsvergunning vallen bouw-, aanleg-, sloop-, milieu- en afwijkingsactiviteiten van het bestemmingsplan. Bouwactiviteiten vallen uiteen in omgevingsvergunningplichtige en omgevingsvergunningvrije activiteiten. Omgevingsvergunningvrije bouwactiviteiten zijn opgenomen in artikel 2 van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (Bor). Het betreft hier veelal aan- en uitbouwen aan woningen en verdere ondergeschikte bouwwerken.

Een verzoek om omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit dient te worden verleend als er geen strijd is met:

- het vigerende bestemmingsplan;
- het Bouwbesluit;
- bouwverordening;
- redelijke eisen van welstand;
- provinciale verordening;
- AMvB.

Een aanvraag voor een omgevingsvergunning is automatisch een verzoek om af te wijken van het bestemmingsplan indien een aanvraag in strijd is met het bestemmingsplan. Een dergelijke aanvraag kan vergund worden door gebruik te maken van de mogelijkheden tot afwijking van het bestemmingsplan, artikel 4 van Bijlage II van het Bor of een Wabo-projectafwijkingsbesluit. In het laatste geval dient een goede ruimtelijke onderbouwing te worden gegeven. Zowel inhoudelijk als procedureel is een Wabo-projectafwijkingsbesluit vergelijkbaar met een bestemmingsplan, maar dan alleen gericht op een specifiek project.

4.4 Elektriciteitswet

De Elektriciteitswet (E-wet) bevat onder meer specifieke regelingen om de energietransitie te bevorderen. Conform de E-wet is het Rijk het bevoegd gezag bij de ontwikkeling van een windpark van meer dan 100 MW. In dergelijke situaties is de Rijkscoördinatieregeling (RCR) van toepassing en wordt

een Rijksinpassingsplan (RIP) opgesteld. Dit geldt ook voor andere vormen van duurzame energie als het project meer dan 50 MW betreft, zoals een zonnepark. In voorkomende gevallen gaat de vergunningenbevoegdheid niet automatisch over naar het Rijk, maar coördineert het Rijk alleen de vergunningverlening. Het Rijk kan afzien van deze bevoegdheid.

Voor een windpark met een vermogen tussen de 5 MW en 100 MW zijn Gedeputeerde Staten (GS) verplicht de voorbereiding en bekendmaking van de besluiten te coördineren. Tevens is GS met uitsluiting van andere bestuursorganen (behalve het Rijk) het bevoegd gezag. Het Uitvoeringsbesluit rijkscoördinatieregeling energie-infrastructuurprojecten beschrijft welke vergunningen worden gecoördineerd. GS kunnen afzien van zowel de coördinatie als de vergunningenbevoegdheid. Bij een windproject met een vermogen tussen de 5 MW en 100 MW stellen Provinciale Staten (PS) in ieder geval een Provinciaal Inpassingsplan (PIP) vast als een gemeente op aanvraag geweigerd heeft een bestemmingsplan vast te stellen.

Dit betekent dat gemeenten het bevoegd gezag zijn voor één of meerdere windturbines met een vermogen van minder dan 5 MW.

Ontwikkeling	Bevoegd gezag	Procedures	Vergunningen-bevoegdheid	Opmerking
Windpark > 100 MW	Minister	RCR + RIP	Betrokken bestuursorganen	Minister kan vergunningsbevoegdheid naar zich toetrekken
Zonnepark > 50 MW	Minister	RCR + RIP	Betrokken bestuursorganen	Minister kan vergunningsbevoegdheid naar zich toetrekken
Zonnepark < 50 MW	Gemeenteraad	Bestemmingsplan	B&W	Bij strijd met AMvB of verordening reactieve aanwijzing
Windpark 5 – 100 MW	PS en GS	PIP + RCR	GS	GS kunnen afzien van coördinatie en vergunningenbevoegdheid
Windpark < 5 MW	Gemeenteraad	Bestemmingsplan	B&W	Bij strijd met AMvB of verordening reactieve aanwijzing

Een windpark met een capaciteit van ten minste 5 MW wordt voor de toepassing van de Belemmeringenwet Privaatrecht aangemerkt als openbaar werk van algemeen nut.

De E-wet bevat voor het omgevingsrecht voornamelijk procedurele bepalingen. Daarnaast kan voor een windpark van meer dan 5 MW de Belemmeringenwet Privaatrecht worden ingezet. De E-wet biedt weinig mogelijkheden voor de ondersteuning van lokale coöperatieve initiatieven bij het verkrijgen van grondposities voor het opwekken van duurzame energie.

Casus Provincie Zuid-Holland/Lansingerland

In de gemeente Lansingerland heeft een projectontwikkelaar alle geschikte grondposities voor windturbines in handen. De gemeenteraad heeft echter besloten dat alle windprojecten in eigendom moeten komen van de burgers. Kan de gemeente planologische medewerking weigeren aan het ontwikkelen van de grondposities door een projectontwikkelaar, omdat de

gemeenteraad als eis heeft gesteld dat alle windprojecten in eigendom moeten komen van burgers?

Conform de Elektriciteitswet (E-wet) zijn Gedeputeerde Staten (GS) met uitsluiting van andere bestuursorganen het bevoegd gezag voor de vergunningverlening van een windpark tussen de 5 en 100 MW. Deze bevoegdheid kan gedelegeerd worden. Voor een windpark van deze grootte zijn Provinciale Staten (PS) in ieder geval het bevoegd gezag om een Provinciaal Inpassingsplan (PIP) vast te stellen als de gemeenteraad op het verzoek van initiatiefnemer weigert een bestemmingsplan vast te stellen. Als de projectontwikkelaar de gemeente verzoekt om een bestemmingsplan vast te stellen voor dit windpark kan en mag de gemeente dit alleen weigeren op basis van een goede ruimtelijke ordening.

Eigendoms- en opstalrechten mogen hier in principe niet bij worden betrokken. De uitspraak van de Raad (windprojecten moeten in eigendom komen van burgers) lijkt in strijd met een goede ruimtelijke ordening. Indien een weigering volgt, kan de projectontwikkelaar PS verzoeken een Provinciaal Inpassingsplan (PIP) vast te stellen. PS zijn daarbij ook gehouden aan een goede ruimtelijke ordening. De door de Raad gedane uitspraak dat windprojecten in eigendom moeten komen van burgers bindt alleen (beleidsmatig) de gemeente Lansingerland. PS hebben dan eigenlijk alleen de mogelijkheid om het PIP vast te stellen. Ook hier geldt dat PS het kostenverhaal op basis van de Wro zeker moeten stellen. Via een anterieure overeenkomst kunnen PS met de projectontwikkelaar afspreken dat de gronden tegen een normaal tarief worden verkocht aan een coöperatie.

4.5 Crisis- en Herstelwet

De Crisis- en Herstelwet (CHw) bestaat uit regels met betrekking tot versnelde ontwikkeling en verwezenlijking van ruimtelijke en infrastructurele projecten. De CHw ziet op drie maatregelen om de economische crisis te bestrijden:

- bestuursprocesrechtelijke maatregelen;
- bijzondere voorzieningen;
- innovatieve ontwikkelingen.

De bestuursprocesrechtelijke maatregelen zien onder meer op de beperking van het beroepsrecht van bestuursorganen, passeren van formele gebreken, onmogelijkheid van een pro-forma beroepschrift, versnelde behandeling van beroepen en invoering van het relativiteitsbeginsel. Deze maatregelen waren in principe voorzien voor een periode van vier jaar, maar zijn grotendeels al permanent geworden.

Bij AMvB kan bij experiment worden afgeweken van omgevingsrechtelijke wetgeving mits dat experiment bijdraagt aan innovatieve ontwikkelingen en voldoende aannemelijk is dat uitvoering ervan bijdraagt aan het bestrijden van de economische crisis en aan de duurzaamheid. In het Besluit uitvoering Crisis- en Herstelwet (Besluit CHw) zijn de aangewezen experimenten opgenomen.

Innovatieve experimenten kunnen bij het ministerie van I&M worden ingediend. Overheden kunnen een innovatief experiment indienen om lokale coöperatieve initiatieven te steunen bij het verwerven van grondposities voor het opwekken van duurzame energie. Het experiment dient innovatief te zijn, de economische crisis te bestrijden en bij te dragen aan de duurzaamheid.

4.6 Relevante jurisprudentie

Uit de jurisprudentie volgt dat eigendomsposities van gronden of opstallen niet van belang zijn in het omgevingsrecht. Een bestemmingsplan mag daarom niet de eis stellen dat een complex van recreatiewoningen in zijn geheel in eigendom is bij één (rechts)persoon.⁴² Het is in principe ook niet mogelijk om de bestemming bedrijfsdoeleinden te beperken tot bedrijven die van elders binnen de gemeente afkomstig moeten zijn. De herkomst van bedrijven als zodanig is bij het reguleren van het gebruik van gronden voor bedrijfsdoeleinden niet relevant.⁴³

⁴² ABRvS 9 maart 2005, AB 2005, 145.

⁴³ ABRvS 12 februari 2003, nr. 200200568/1.

Uit de arresten *Kunst- en antiekstudio Lelystad*⁴⁴ en *Amsterdam Chidda*⁴⁵ komt naar voren dat het een bestuursorgaan is toegestaan om verdergaande privaatrechtelijke gebruiksbeperkingen in overeenkomsten op te nemen dan de gebruiksbepalingen in het bestemmingsplan. Dit geldt niet voor bouwtechnische eisen en of eisen die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.⁴⁶

Volgens een vaste lijn in de rechtspraak van de ABRvS⁴⁷ vormen concurrentieverhoudingen bij een planologische belangenafweging ook geen in aanmerking te nemen belang, tenzij sprake is van een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau die niet door dwingende redenen wordt gerechtvaardigd.

4.7 Tussenconclusie

Het huidige instrumentarium in het omgevingsrecht biedt mogelijkheden om lokale coöperatieve initiatieven voor duurzame energieopwekking rechtstreeks te faciliteren. Het belangrijkste instrument voor overheden om vanuit het omgevingsrecht lokale coöperatieve initiatieven voor duurzame energieopwekking rechtstreeks te faciliteren zijn anterieure overeenkomsten. Hoewel structuurvisies een sturend karakter hebben, zijn structuurvisies juridisch niet bindend. Het criterium van de goede ruimtelijke ordening staat niet toe dat bij bestemmings- of inpassingsplannen rekening wordt gehouden met eigendomsposities van gronden of opstallen. Ook het geven van een voorrangspositie is niet toegestaan. Daar waar op vrijwillige basis wordt gecontracteerd staat het de overheid vrij om gebruikseisen op te nemen die verder gaan dan het bestemmingsplan.

De E-wet regelt welk bestuursorgaan het bevoegd gezag is voor de realisatie van een windpark of de realisatie van een windturbine. Zowel Rijk als provincie kan door middel van AMvB of verordening sturend optreden.

De CHw geeft de mogelijkheid door middel van een innovatief experiment af te wijken van de geldende wet- en regelgeving.

⁴⁴ HR 8 juli 1991, AB 1991, 659 (*Kunst- en antiekstudio Lelystad*).

⁴⁵ HR 24 december 2004, AB 2005, 58 (*Amsterdam Chidda*).

⁴⁶ Gst. 2011/87.

⁴⁷ ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96.

