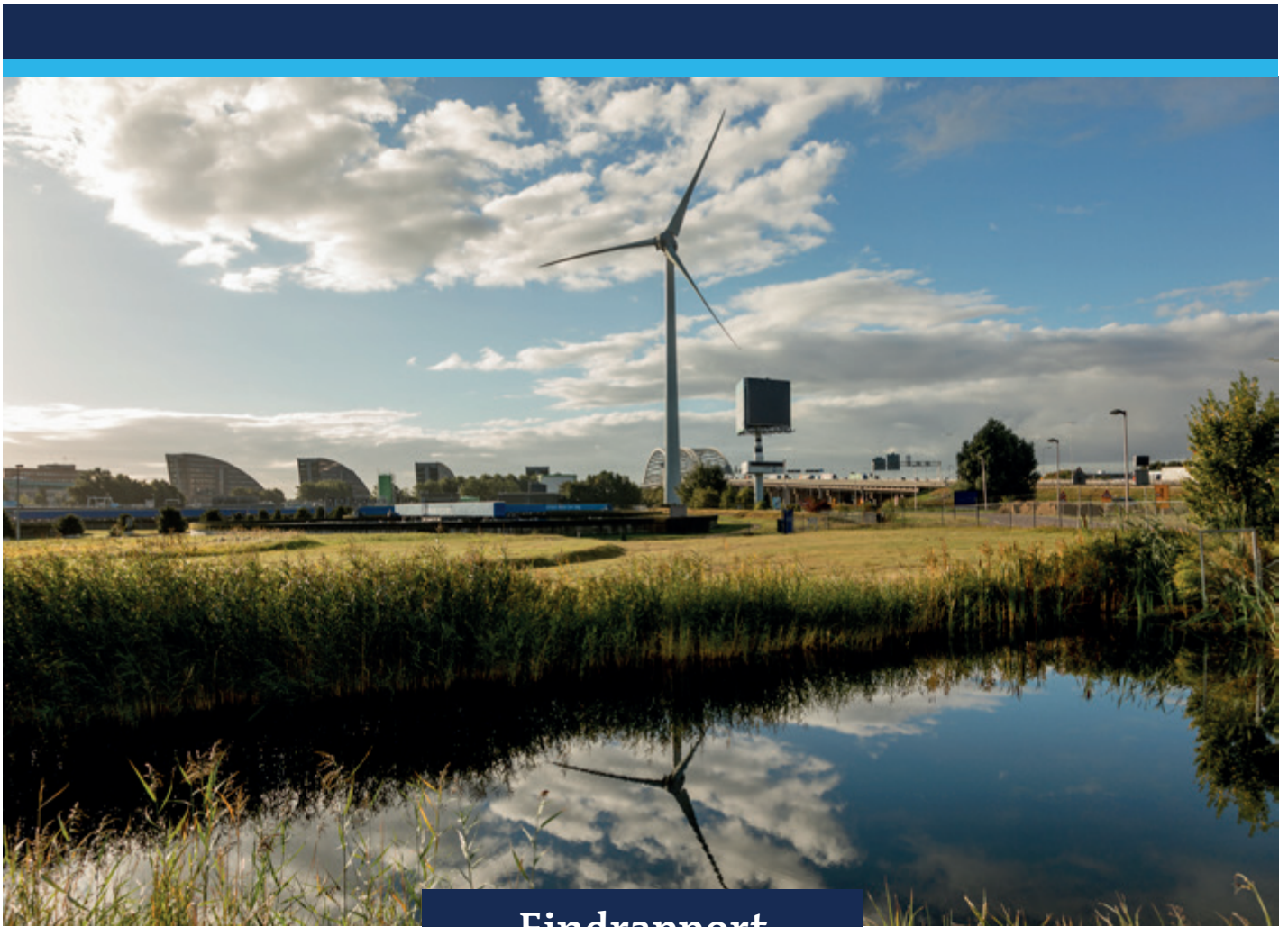




Eindrapport

Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen

Waterschappen

mr. I.S. Sloover

31 augustus 2017

Berenschot

Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen

Waterschappen

Inhoud

Voorwoord	7	5. Staatssteun, mededinging, markt en overheid	60	8. Energierecht	128	Bijlagen	188
Samenvatting	8	5.1 Samenvatting	61	8.1 Samenvatting	129	Trefwoordenregister	190
1. Inleiding	14	5.2 Beschrijving van het juridische landschap	62	8.2 Inleiding wet- en regelgeving energie	131		
1.1 Actualisering van handreiking	15	5.3 Handreiking staatssteun, mededinging, markt en overheid in relatie tot energie en grondstoffen	68	8.3 Elektriciteit: beschrijving van het juridische landschap	131		
1.2 Verbreding duurzame ambities	16	5.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	73	8.4 Jurisprudentie	132		
1.3 Leeswijzer	17	5.5 Risicoanalyse	73	8.5 Handreiking productie en levering elektriciteit	137		
2. Wettelijk kader inzake waterschappen	18	5.6 Checklist	75	8.6 Particuliere elektriciteitsnetten	139		
2.1 Samenvatting	19	6. Samenwerking en rechtsvormen	76	8.7 Garanties van oorsprong voor elektriciteit, gas en warmte	141		
2.2 Beschrijving van het juridische landschap	19	6.1 Samenvatting	77	8.8 Schematische weergave	143		
2.3 Wet- en regelgeving	20	6.2 Beschrijving van het juridische landschap	77	8.9 Belemmeringen en mogelijke oplossingen	144		
2.4 Handreiking wettelijk kader inzake taken waterschappen in relatie tot het produceren en leveren van energie en grondstoffen	20	6.3 Handreiking organisatievormen in relatie tot energie en grondstoffen	79	8.10 Risicoanalyse	144		
2.5 Risicoanalyse	29	6.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	84	8.11 Checklist	144		
2.6 Conclusies	31	6.5 Risicoanalyse	86	8.12 Gas: beschrijving van het juridische landschap	145		
3. Afvalstoffenrecht	32	6.6 Checklist	87	8.13 Handreiking productie en levering van gas	148		
3.1 Samenvatting	33	7. Fiscaal recht	88	8.14 Belemmeringen en mogelijke oplossingen	153		
3.2 Inleiding	35	7.1 Samenvatting Omzetbelasting / BTW	89	8.15 Risicoanalyse	154		
3.3 Beschrijving van het juridische landschap	35	7.2 Omzetbelasting: beschrijving van het fiscale landschap	90	8.16 Checklist	155		
3.4 Jurisprudentie	37	7.3 Handreiking omzetbelasting in relatie tot energie en grondstoffen	97	8.17 Warmte(wetgeving): beschrijving van het juridische landschap	155		
3.5 Handreiking afvalstoffenwetgeving in relatie tot de terugwinning van grondstoffen	38	7.4 Stroomschema	98	8.18 Jurisprudentie	156		
3.6 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	42	7.5 Risicoanalyse	99	8.19 Handreiking productie en levering van warmte	157		
3.7 Risicoanalyse	43	7.6 Checklist	107	8.20 Schematische weergave	161		
3.8 Checklist	44	7.7 Vennootschapsbelasting	107	8.21 Belemmeringen en mogelijke oplossingen	161		
4. Aanbestedingswet- en regelgeving	46	7.8 Beschrijving van het fiscale landschap	108	8.22 Risicoanalyse	161		
4.1 Samenvatting	47	7.9 Handreiking vennootschapsbelasting in relatie tot energie en grondstoffen	121	8.23 Checklist	162		
4.2 Beschrijving van het juridische landschap	48	7.10 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	121				
4.3 Handreiking aanbestedingsrecht in relatie tot energie en grondstoffen	51	7.11 Risicoanalyse	121	9. Een aantal andere juridische aspecten	164		
4.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	56	7.12 Checklist	122	9.1 Inleiding	165		
4.5 Risicoanalyse	56	7.13 Energiebelasting	122	9.2 Productaansprakelijkheid	165		
4.6 Checklist	57	7.14 Beschrijving van het fiscale landschap	122	9.3 Intellectueel eigendom	166		
		7.15 Handreiking energiebelasting in relatie tot energie en grondstoffen	126	9.4 Crisis- en herstelwet	166		
		7.16 Uitdagingen en mogelijke oplossingen	126	9.5 Grondzaken	167		
		7.17 Risicoanalyse	127				
		7.18 Checklist	127	10. Casebeschrijvingen	168		
				Inleiding	169		
				Case 1 Energiefabriek	170		
				Case 2 Warmtelevering voor het zuiveringsproces	174		
				Case 3 Productie elektriciteit op eigen terrein	178		
				Case 4 Levering van gezuiverd water	182		
				Case 5 Subsidie voor zonnepanelen	186		

Voorwoord

De waterschappen verduurzamen hun werkzaamheden in hoog tempo. Een jaar geleden heeft de Unie van Waterschappen de krachten gebundeld met de Vereniging van Nederlandse gemeenten (VNG) en het Interprovinciaal overleg (IPO). We hebben een gezamenlijke Investeringsagenda opgesteld met uitdagende duurzame ambities en deze aan het nieuwe kabinet gepresenteerd.¹⁾ Klimaatadaptatie, Energie en Circulaire economie zijn hierin de leidende thema’s.

We leggen de lat hoog. Dat zijn we aan onze stand verplicht, want in het waterbeheer hebben we dagelijks te maken met de ingrijpende gevolgen van klimaatverandering en milieuverontreiniging. Als waterschappen gaan we daarom voor 100% energieneutraliteit in 2025 en grootschalige winning van grondstoffen. Energieneutraliteit realiseren we vooral met de opwek van duurzame energie, waarmee de uitstoot van Co2 wordt terugdrongen (mitigatie). Met de afvalwaterzuivering houden we niet alleen het oppervlaktewater schoon, maar winnen we waardevolle grondstoffen en brengen deze terug in de kringloop. Er worden voor de komende jaren door de waterschappen honderden miljoenen gereserveerd voor investeringen in duurzame energie en grondstoffen.

We verwachten van het Rijk dat het voldoende ruimte geeft om onze duurzame rol te kunnen pakken. Het is al langer duidelijk dat waterschappen energie en grondstoffen mogen leveren aan de markt. We vragen nu bevestiging dat we in de toekomst ook méér duurzame energie mogen produceren dan nodig is voor eigen verbruik. Voorts is aanpassing van afvalstoffenregelgeving nodig, zodat schone grondstoffen uit rioolslib niet langer het stigma van afval dragen (end of waste).

Er liggen in het waterbeheer mooie kansen voor duurzaamheid en die zijn niet beperkt tot de afvalwaterzuivering. Duurzaamheid raakt het hele waterschap: gebouwen, rioolwaterzuiveringen, poldergemalen, dijken en terreinen kunnen worden ingezet voor de opwek van duurzame energie (bijv. voor bronnen als biogas, zon, wind, waterkracht en koude/warmte). Met deze verduurzaming dragen wij bij aan een verbetering van de kwaliteit van de leefomgeving en stimuleren we de regionale economie.

De mooiste kansen liggen in de samenwerking met de directe omgeving. Er zijn daarbij nogal wat juridische hobbels te nemen. Het juridische landschap is voortdurend in ontwikkeling. Daarom hebben wij de Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen’ uit 2014 volledig geactualiseerd. Het resultaat ligt voor u. Wij verwachten dat deze up-to-date handreiking het waterschap de nodige juridische richting en houvast kan bieden. Op de weg naar een duurzame toekomst!

Dirk-Siert Schoonman

Bestuurslid Unie van Waterschappen
(Klimaat en Energie)

Ingrid ter Woorst

Bestuurslid Unie van Waterschappen
(Waterkwaliteit en Circulaire economie)

COLOFON

Juridische handreiking in opdracht van de Unie van Waterschappen

Onder redactie van:

mr. I.S. Sloover Berenschot

Met medewerking van:

- mr. dr. H.J.M. Havekes (wettelijke taken)** Unie van Waterschappen
- mw. mr. dr. A. Veldkamp (afvalstoffenrecht)** Royal HaskoningDHV Legal Consultancy
- mw. drs. N. Van de Water (omzetbelasting)** Zeker Fiscaal
- mr. J. van Bavel (vennootschapsbelasting)** Verder Fiscaal
- mr. J.G. Boot (staatssteun, mededinging)** Berenschot

Begeleidingscommissie:

- Mw. mr. M. Beekman- Eikenaar (voorzitter)** Waterschap Drents Overijsselse Delta
- Mw. ir. A.L. de Jong** AquaMinerals
- Mw. mr. P.C. Boonen-Wouters** Waterschap Zuiderzeeland
- Mw. E. Boer MSc MA** Unie van Waterschappen
- Mr. R.J.J. Lazaroms** Unie van Waterschappen
- Mw. mr. I. Leermakers-Doppenberg** Waterschap De Dommel
- mr. J. Langenberg** Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier
- Mw. mr. J. Niers - Zaat** Waterschap Vechtstromen
- P.P.C Vriend MSc** Waternet
- R. Peeters MSc ing.** Waterschap De Dommel

Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen (2017)

ISBN 979.90.5773.670.4

Foto op cover: HVC. Windmolen op terrein van de rioolwaterzuivering Cralingse Veer van het Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard

Hoewel deze publicatie met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaarden Berenschot en redacteurs geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze publicatie. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies. Het onderzoek is afgerond op 5 juli 2017, latere wijzigingen in bijvoorbeeld regelgeving zijn niet meegenomen.

1) Investeringsagenda ‘Naar een duurzame toekomst’ van VNG, IPO en UvW, maart 2017.

Samenvatting

Vertrekpunt van deze handreiking zijn de wensen en de ambities van de waterschappen om hun taken duurzaam en doelmatig uit te voeren. Eerst wordt in deze handreiking stilgestaan bij de vraag hoe deze ambities van de waterschappen zich verhouden tot het wettelijk kader. Vervolgens komen alle relevante rechtsgebieden aan de orde: afvalstoffenrecht, aanbestedingsrecht, staatssteun, mededingingsrecht, markt en overheid, samenwerking en rechtsvormen, fiscaal recht en energierecht. Tot slot zijn nog enkele resterende juridische aspecten die buiten deze domeinen vallen, kort beschreven in een laatste hoofdstuk.

De belangrijkste aanpassingen en aanvullingen in deze geactualiseerde handreiking zijn te vinden in hoofdstuk 3 over afvalstoffenrecht en hoofdstuk 7 over belastingen. In dit fiscale hoofdstuk zijn de consequenties van de recente invoering van de Vennootschapsbelastingplicht voor waterschappen nader toegelicht. Onderstaand volgt een samenvatting van de meest belangrijke aspecten die in elk hoofdstuk zijn beschreven.

Wettelijke taken

In de praktijk is niet altijd duidelijk of de productie en levering van energie en grondstoffen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt. Nader onderzoek naar de relevante wettelijke bepalingen, waarvan hierna verslag wordt gedaan, heeft uitgewezen dat dit het geval is; dergelijke activiteiten roepen dus geen juridische bezwaren op. Meer concreet is daarin aangetoond dat - zoals ook in de betreffende brief van de minister van IenM aan de Tweede Kamer wordt gesteld - voor zover deze activiteiten plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en het watersysteembeheer, en voor zover de mededingingsrechtelijke regels worden gerespecteerd, daarvoor geen wettelijke belemmeringen bestaan. Hiervoor is geen wetswijziging vereist. Het risico van een dergelijke wetswijziging, die eruit zou bestaan dat waterschappen hun taken op duurzame wijze moeten uitoefenen, is bovendien dat deze in de praktijk zijn doel voorbij kan schieten. Voorts worden indachtig de brief van de minister hieronder enkele andere praktijkvoorbeelden op het terrein van energieopwekking en levering geschetst, die het waterschap zonder bezwaar kan oppakken.

Afvalstoffenrecht

Bij waterschappen worden steeds vaker ‘grondstoffen’ teruggewonnen uit afvalwater en, waar mogelijk, voor diverse toepassingen geleverd aan derden. De bestaande afvalstoffenwetgeving geeft geen eenduidig antwoord op de vraag wanneer een teruggewonnen stof niet langer een afvalstof is. In de praktijk is daardoor niet altijd duidelijk of en onder welke voorwaarden deze stoffen het predicaat van afvalstof verliezen. Hierdoor ontstaat voor waterschappen onzekerheid over de vraag of zij deze stoffen als secundaire grondstof of meststof mogen verkopen aan derden en welke regels daarvoor gelden (stoffen-/productregelgeving of afvalstoffenregelgeving).

Voor de terugwinning van grondstoffen uit het zuiveringsproces van stedelijk afvalwater en ander afvalwater bestaat het juridisch kader voor het antwoord op de vraag of sprake is van afvalstoffen of grondstoffen uit de definitie van het begrip afvalstoffen en de voorwaarden voor de zogenoemde einde afvalfase uit art. 6 van de Kaderrichtlijn afvalstoffen (Kra). Voor stedelijk afvalwater of daaruit teruggewonnen stoffen bestaan geen specifieke Europese of nationale eindeafvalfase criteria. Het is daarom aan het waterschap (als houder van de stof) zelf om per teruggewonnen stof te onderbouwen of er, rekening houdend met alle concrete omstandigheden, voldaan is aan de voorwaarden voor einde-afvalfase uit de Kra.

Bij de bewijsvoering dat na een afvalverwerkingshandeling een grondstof is ontstaan kan het waterschap gebruik maken van de Webtoets ‘Afval of Grondstof?’ die namens het ministerie van IenM wordt beheerd door Rijkswaterstaat. In aanvulling daarop kan het waterschap vragen om een (bestuurlijk) rechtsoordeel van de staatssecretaris van I&M. Een verzoek hiertoe moet via de Webtoets elektronisch worden ingediend. Het waterschap kan een rechtsoordeel desgewenst inbrengen in het (voor)overleg met het betrokken bevoegde gezag in het kader van de vergunningverlening.

Wanneer een teruggewonnen stof geen afvalstof meer is, is de afvalstoffenregelgeving niet meer van toepassing. Dit bekend niet dat er geen regels meer van toepassing zijn. Afhankelijk

van aard en samenstelling van de teruggewonnen stof, kunnen ook bepaalde (registratie)verplichtingen uit de Europese REACH-verordening²⁾ van toepassing zijn of andere stoffen- en/of productregelgeving.

Aanbestedingsrecht

Aanbestedingswet- en regelgeving is in principe van toepassing op alle uitbestedingen van bijvoorbeeld leveringen, diensten en/of werken van het waterschap die een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben of boven de Europese aanbestedingsdrempels uitkomen. Voor uitbestedingen die geen grensoverschrijdend belang hebben of onder de Europese drempels liggen, geldt dan het interne aanbestedingsbeleid van een waterschap.

Het maakt niet uit of een opdracht wordt uitbesteed aan een private onderneming, een overheidsbedrijf of een andere overheid, zoals een ander waterschap of een gemeente. Indien aanbestedingswet- en regelgeving niet (op de juiste manier) wordt toegepast, biedt deze wetgeving aanbieders op de markt relatief eenvoudige ingangen om hierover juridische procedures te starten jegens het waterschap.

Om zo veel mogelijk te voorkomen dat een waterschap in juridische procedures terechtkomt, is in dit hoofdstuk opgenomen waarmee rekening moet worden gehouden bij het uitbesteden van opdrachten. Voorts hoeft het aanbestedingsrecht niet altijd een belemmering op te leveren voor samenwerking. Een aantal uitzonderingen maakt het mogelijk om een samenwerkingspartner te kiezen, zonder voorafgaande (Europese) aanbestedingsprocedure. Het is wel belangrijk rekening te houden met de criteria die bij iedere situatie weer opnieuw getoetst moeten worden.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Staatssteun wordt gekenmerkt door financiële hulp van de overheid voor een specifieke (groep) onderneming(en). Indien een waterschap besluit om een bepaalde onderneming financieel te helpen en andere bedrijven niet, kan er sprake zijn van ongeoorloofde steun omdat er oneerlijke concurrentie

ontstaat. Lidstaten van de Europese Unie moeten hun steunmaatregelen vooraf melden bij de Europese Commissie en de Commissie beoordeelt uiteindelijk of de steun is toegestaan. Niet alle vormen van financiële hulp vanuit een waterschap zijn per definitie ongeoorloofd want er zijn diverse uitzonderingen op het verbod van staatssteun.

Indien een waterschap economische activiteiten gaat verrichten kan het voor het mededingingsrecht beschouwd worden als onderneming. Wanneer een waterschap zich begeeft op de markt, bijvoorbeeld door het leveren van energie of grondstoffen aan derden, heeft het zich te houden aan het mededingingsrecht. Ondernemingen mogen op grond van het mededingingsrecht onderling ook geen afspraken maken die de concurrentie op de markt belemmeren of waarmee zij misbruik maken van economische machtspositie. Voor schending van het mededingingsrecht kan een waterschap beboet worden. Ook het mededingingsrecht kent een aantal uitzonderingen.

Sinds 2012 is de Wet markt en overheid van kracht, waarmee extra gedragsregels zijn opgenomen in de Mededingingswet met betrekking tot het gedrag van overheden wanneer deze zich op de markt begeven. De gedachte achter deze wetgeving is dat de overheid de mededinging ook binnen de lidstaat Nederland niet mag verstoren wanneer zij marktactiviteiten uitvoert

Samenwerking en rechtsvormen

Waterschappen kunnen bij de productie en levering van energie en grondstoffen besluiten om zelf deze activiteiten uit te voeren. De activiteiten kunnen dan door eigen diensten worden uitgevoerd of het waterschap kan hiervoor een eigen privaatrechtelijk rechtspersoon oprichten die deze activiteiten uitvoert. Waterschappen kunnen ook besluiten om met elkaar of andere publieke partijen publiekrechtelijk samen te werken om bijvoorbeeld kosten te delen en risico's te beperken bij bijvoorbeeld de exploitatie van een energiefabriek. Waterschappen kunnen ook samen een privaatrechtelijke rechtspersoon oprichten en van hieruit samenwerken met betrekking tot de productie en levering van energie en grondstoffen. Waterschappen kunnen ten slotte ook besluiten om met private partijen samen te werken, bijvoorbeeld om kennis te delen, financiële risico's te spreiden over publiek en privaat en om toegang te krijgen tot andere netwerken.

2) De Europese verordening betreffende de Registratie, Evaluatie en Autorisatie van Chemische stoffen ((EG) 1907/2006).

Waterschappen kunnen aldus vele (combinaties van) publiek-rechtelijke (bijvoorbeeld een gemeenschappelijke regeling) en privaatrechtelijke rechtsvormen (bijvoorbeeld stichting, vennootschap, coöperatie) gebruiken voor de productie en levering van energie en grondstoffen. Behoudens hetgeen over de taken van het waterschap is geschreven, zijn er weinig belemmeringen om welke organisatievorm dan ook te gebruiken. Wel wordt benadrukt dat iedere activiteit op het gebied van bijvoorbeeld productie en/of levering van energie en grondstoffen waarop samenwerking wordt beoogd, vraagt om een eigen afweging van het waterschap welke organisatievorm er het beste bij past. Naast juridische en/of financiële aspecten kunnen ook bestuurlijke voorkeuren de keuze voor een rechtsvorm beïnvloeden.

Omzetbelasting (btw)

Bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen kan een waterschap te maken krijgen met drie verschillende belastingen: omzetbelasting (btw), vennootschapsbelasting en energiebelasting. Aangezien deze verschillende belastingen eigen begrippen kennen en er afzonderlijk moet worden getoetst of het waterschap met één of meerdere belastingen wordt geconfronteerd, wordt in dit hoofdstuk afzonderlijk op deze belastingen ingegaan.

Een waterschap wordt geconfronteerd met btw indien het waterschap goederen en/of diensten inkoopt of het waterschap goederen en/of diensten levert en daarvoor een vergoeding (in geld, natura of via een ruiltransactie) ontvangt. Naast de administratieve verplichtingen (eisen administratie, doen van btw-aangifte, et cetera) heeft het btw-ondernemerschap voor het waterschap - tenzij een btw-vrijstelling van toepassing is - tot gevolg dat het waterschap over de vergoeding btw in rekening dient te brengen. Daar staat vervolgens weer tegenover dat inkoop-btw in aftrek mag worden gebracht. Btw-heffing kan niet alleen aan de orde komen bij het opwekken/produceren en leveren van energie en grondstoffen, maar bijvoorbeeld ook bij samenwerkingen op dat gebied. Afhankelijk van de gekozen samenwerkingsvorm kan het samenwerkingsverband of kunnen de deelnemers zich kwalificeren als btw-ondernemer ter zake van de onderlinge dienstverlening en het doorbelasten van kosten. Ook het deta-cheren van personeel in dit kader is in principe een btw-belaste ondernemersactiviteit.

Btw-heffing heeft tot gevolg dat de toerekenbare inkoop-btw in aftrek kan worden gebracht. Btw-heffing hoeft dan ook niet altijd nadelig te zijn. Indien de btw een kostenpost vormt (omdat de btw bijvoorbeeld niet in aftrek kan worden gebracht), zijn er diverse mogelijkheden om btw-heffing toch te voorkomen. Daarbij kan worden gedacht aan toepassing van het leerstuk van kosten voor gemene rekening, de koepel-vrijstelling, het arrest EDM (consortiumgedachte) of één van de goedkeuringen bij het uitlenen van personeel.

Vennootschapsbelasting

Tot 1 januari 2016 werden waterschappen doorgaans alleen geconfronteerd met vennootschapsbelasting indien zij warmte, gas of elektriciteit opwekten, transporteerden of leverden. Met ingang van 2016 is de belastingplicht sterk ver-ruimd in de wetgeving. Een waterschap is nu vennootschaps-belastingplichtig indien en voor zover zij een onderneming drijft. Praktisch lijkt op grond van de reguliere activiteiten bij waterschappen tot dusverre evenwel nauwelijks sprake van belastingheffing; uit een inventarisatie bij een aantal water-schappen begin 2017 blijkt dat slechts summier sprake is van ondernemerschap en bovendien veelal vrijstellingen gelden.

Om te bepalen of een activiteit van een waterschap als ondernemingsactiviteit moet worden beschouwd voor de vennootschapsbelasting heeft de UVW overleg gevoerd met de Belastingdienst. In een stappenplan geeft de UVW aan een pragmatische lijn voor te staan bij het analyseren van ondernemerschap binnen een waterschap. Het stappenplan vermeldt in totaal vijf stappen. Uiteraard kan dit pragmatische stappenplan ook worden toegepast op nieuwe activiteiten die een waterschap wil ontplooiën en de businesscase die daaraan ten grondslag ligt. Als belastingplicht aan de orde is en de ondernemingsactiviteiten niet deels objectief zijn vrijgesteld van heffing, is een waterschap over het door haar onderne-ming behaalde fiscale exploitatieresultaat heffing verschuldigd naar een tarief van minimaal 20% en maximaal 25% (tarief 2017). Innovatieve ondernemende waterschappen kunnen de effectieve belastingdruk veelal beperken door gebruik te maken van fiscale maatregelen die innovatie stimuleren. Naast de verschuldigde heffing brengt de belastingplicht ook een jaarlijks terugkerende aangifteplicht met zich mee en gelden aanvullende administratieve verplichtingen.

Energierecht

De markt voor productie van elektriciteit is vrij en in beginsel mag een waterschap zelf elektriciteit produceren en deze zelf gebruiken. Een waterschap kan de elektriciteit die zij produ-ceert maar niet zelf gebruikt, terug leveren aan het elektrici-teitsnet, waarvoor het waterschap een terugleververgoeding kan krijgen. Het waterschap dient de elektriciteit via een leverancier te verkopen aan een programmaverantwoordelijke (PV-partij). Daartoe moet het waterschap aan het energiebe-drijf alsmede aan de netbeheerder doorgeven dat het wil gaan terug leveren.

Een waterschap kan de opgewekte elektriciteit ook leveren aan derden. Daartoe kan een waterschap met deze derden contracten sluiten. Elke leverancier van elektriciteit moet op grond van de Elektriciteitswet 1998 een programmaverant-woordelijke hebben. Deze partij is verantwoordelijk voor de inkoop van elektriciteit.

Waterschappen zijn op grond van de Elektriciteitswet 1998 aan te merken als grootverbruikers. Levering van elektri-citeit door waterschappen aan grootverbruikers is vrij en mag zonder vergunning. Voordeel is dat een waterschap als grootverbruiker de inkoop van energie zelf kan regelen en niet verplicht is om energie in te kopen bij leveranciers die beschikken over een vergunning. Als het waterschap elektri-citeit wil verkopen aan kleinverbruikers, moet het waterschap beschikken over een vergunning, tenzij er sprake is van een uitzonderings situatie zoals opgenomen in de Elektriciteitswet. De vergunning moet worden aangevraagd bij de Autoriteit Consument en Markt.

Als een waterschap beschikt over een particulier elektrici-teitsnet, kan het waterschap om ontheffing vragen van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder voor een elektriciteitsnet. Er is sprake van een particulier elektriciteit-snet als er hetzij sprake is van een gesloten distributiesysteem dan wel als er sprake is van een directe lijn.

De markt van de productie van biogas en de opwerking en invoeding van groen gas is liberaal. Dit betekent dat water-schappen de vrijheid hebben te bepalen of ze gas willen produceren, waar ze dit willen produceren en aan/van welke

partijen ze dit willen (ver)kopen. Het waterschap kan het opgewekte (onbewerkte) biogas zelf gebruiken of verkopen aan derden. Ook kan het biogas worden opgewerkt tot groen gas. Opwerking tot groen gas is vereist als het gas wordt ingevoerd in een aardgasnetwerk. Om groen gas te kunnen invoeden op het aardgasnet heeft een waterschap een aanslui-ting op het net nodig.

Een waterschap mag zonder vergunning gas leveren aan grootverbruikers. Waterschappen worden aangemerkt als grootverbruiker, indien zij over een aansluiting beschikken met een capaciteit van meer dan 40 m3 per uur. Indien een waterschap gas wil leveren aan kleinverbruikers, is op grond van de Gaswet een vergunning vereist. Een vergunning is niet vereist indien er sprake is van een levering ‘anders dan bedrijfsmatig’ of in het kader van een samenwerkingsverband van kleinverbruikers.

Op 1 januari 2014 is de nieuwe Warmtewet in werking getre-den. Het doel van de Warmtewet en de daarop gebaseerde regelgeving is het beschermen van kleinverbruikers (dat wil zeggen verbruikers met een aansluiting van maximaal 100 kW, zijnde consumenten en klein zakelijke afnemers) die van warmtelevering afhankelijk zijn voor wat betreft ruimtever-warming en tapwater.

De markt voor productie van warmte is vrij. Een waterschap mag zelf warmte produceren en deze zelf gebruiken. De Warmtewet is van toepassing indien er warmte wordt gele-verd aan verbruikers in de zin van de Warmtewet, te weten verbruikers met een warmteaansluiting tot 100 kW. Indien een waterschap warmte wil leveren aan kleinverbruikers, moet het waterschap een vergunning aanvragen bij de Minister van Economische Zaken. Een vergunning is niet vereist in het geval van kleinschalige levering van warmte, zoals bepaald in de Warmtewet.

De Warmtewet regelt niet de levering van warmte aan groot-verbruikers. Concreet betekent dit dat wanneer een water-schap warmte zou willen leveren aan een grootverbruiker, het waterschap geen vergunning nodig heeft en in beginsel vrij is om een prijs te bepalen en voorwaarden te stellen aan de levering van warmte.

Per 1 januari 2015 geldt de ‘Regeling garanties van oorsprong voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit’. Deze nieuwe ‘verzamelregeling’ geldt voor zowel elektriciteit, gas en warmte. Wie hernieuwbare stroom produceert, krijgt niet alleen de beschikking over de opgewekte elektriciteit, maar kan ook subsidie verkrijgen en certificaten. Deze certificaten worden Garanties van Oorsprong (GVO’s) genoemd en geven aan waar de stroom is opgewekt en op welke wijze. Ze dienen om te bewijzen dat de geleverde elektriciteit daadwerkelijk duurzaam is opgewekt. De GVO’s bestaan uitsluitend in elektronische vorm. GVO’s worden uitgegeven per 1 MWh. Eventuele restwaarde in de productie wordt per KWh op de productierekening van de producent bijgeschreven. Nadat GVO’s voor netlevering op een rekening zijn geboekt, zijn ze geldig tot uiterlijk een jaar na het einde van de productieperiode waarvoor de GVO is uitgegeven. Dit betekent dat een leverancier van duurzame energie de GVO maximaal een jaar kan gebruiken om aan te tonen dat de door hem geleverde energie op duurzame wijze is opgewekt. Iedere in Nederland gevestigde handelaar kan de minister verzoeken om een rekening te openen. Vervolgens kunnen de GVO verkocht worden, waarbij de eigenaar van de GVO aan de minister de wens te kennen kan geven deze over te boeken naar de rekening van degene die de GVO heeft gekocht. De ACM houdt toezicht op de markt voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit en het systeem van GVO’s.

Overige juridische aspecten

Naast de voorgaande juridische gebieden zijn een aantal andere juridische onderwerpen voor de praktijk van het produceren en leveren van duurzame energie en grondstoffen belangrijk. Het betreffen met name aspecten waarover een waterschap van tevoren, bijvoorbeeld als onderdeel van een op te stellen business case, een beeld moet krijgen en welke beheersingsmaatregelen in de betreffende situatie mogelijk of wenselijk zijn. Deze aspecten betreffen productaansprakelijkheid bij levering van grondstoffen, het intellectueel eigendomsrecht (IE-recht, bijvoorbeeld octrooi, merkenrecht) dat een waterschap kan vestigen, gebruik maken van de

mogelijkheden uit de Crisis- en herstelwet om bijvoorbeeld af te kunnen wijken van bepalingen in de Elektriciteitswet en het inzetten van de gronden door waterschappen (bijvoorbeeld recht van opstal, erfpacht).

Uit bovenstaande samenvatting blijkt dat de waterschappen ambities hebben om doelmatig en duurzaam hun taken uit te voeren en dat de techniek veel mogelijk kan maken. In deze juridische handreiking wordt een overzicht gegeven van een aantal geselecteerde rechtsgebieden die in ieder geval aandacht behoeven bij de afweging om energie en grondstoffen te produceren en te leveren.



Inleiding

Hoofdstuk 1



Bij Waterschap Drents Overijsselse Delta wordt organisch restmateriaal (sloot- en bermmaaisel) uit het Vechtdal om de plaatselijke bodem te verbeteren.

1.1 Actualisering van handreiking

De voorliggende juridische handreiking is een actualisering van de gelijknamige handreiking ‘Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen’ die in november 2014 is verschenen. De handreiking brengt het gehele juridische landschap rondom de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen systematisch en samenhangend in kaart. Deze actualisering bevestigt dat er geen principiële juridische bezwaren bestaan tegen productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen. Tegelijkertijd is duidelijk dat er wel veel regels en voorschriften zijn waarmee rekening moet worden gehouden. De handreiking geeft inzicht in de relevante regelgeving en laat zien hoe hiermee in de praktijk kan worden omgegaan.

Bij de eerste druk was al geconstateerd dat het juridische landschap sterk in beweging is en dat al vrij snel na verschijning van de handreiking de behoefte zou ontstaan aan een update. De energietransitie in de samenleving en de ontwikkeling naar een meer circulaire economie zijn de drijvende krachten achter deze beweging. Het juridische landschap blijft ook in de komende jaren veranderen. Bij de Green Deal Energie van Unie van Waterschappen, STOWA en Rijk is de noodzaak van een actualisering van de juridische handreiking benoemd (2016). De Unie van Waterschappen en de Energie- en Grondstoffenfabriek hebben daarna bureau Berenschot gevraagd de wijzigingen van relevante wet- en regelgeving, jurisprudentie en casuïstiek in beeld te brengen en te verwerken in de bestaande handreiking. Door middel van een consultatie zijn behoeften en wensen van de waterschappen geïnventariseerd. De actualisering is tot stand gekomen onder begeleiding van de Werkgroep Juridisch van de Energie- en Grondstoffenfabriek.

1.2 Verbreding duurzame ambities

De waterschappen hebben hoge ambities om de uitvoering van hun taken verder te verduurzamen. Daarmee dragen zij bij aan de verduurzaming van economie en samenleving. Met de terugwinning van grondstoffen en de productie van duurzame energie nemen zij actief deel aan de energietransitie en de circulaire economie. De Unie van Waterschappen heeft met het Rijk in de afgelopen jaren een reeks van groene convenanten en akkoorden gesloten. Deze akkoorden bouwen op elkaar voort en geven vorm aan een doorgaande ontwikkeling gericht op energiebesparing, duurzame energieopwekking, reductie van broeikasgassen en het terugwinnen van grondstoffen:

- Meerjarenafspraken energie-efficiency (2008)
- Klimaataakkoord (2010)
- Ketenakkoord Fosfaatkringloop (2011)
- SER Energieakkoord voor economische groei (2013)
- Green Deal Grondstoffen (2014)

Met het mondiale Klimaataakkoord van Parijs is de urgentie van de aanpak van de Klimaatproblematiek nog verder toegenomen (2015). Hierop heeft de sector zijn ambities aangescherpt en verbreed van de rioolwaterzuivering naar alle waterschapsactiviteiten in samenhang met de omgeving (gemeenten, provincies, burgers en bedrijven). Deze integrale aanpak is vastgelegd in de volgende akkoorden:

- Green Deal Energie (2016)
- Deal Pilots Regionale Energiestrategie (2016)
- Grondstoffenakkoord (2017).

De waterschappen willen in 2020 voor 40% energieneutraal zijn en streven naar 100% energieneutraliteit in 2025. In eerste instantie is daarbij vooral ingezet op de verhoging van de productie van biogas.

De sector boekt goede resultaten onder meer met behulp van de ‘Energie- en Grondstoffenfabriek’, een samenwerkingsproject van de waterschappen met als doel de zuiveringsinstallaties zoveel mogelijk energieneutraal te maken. Op dit moment zijn er ruim tien van deze zogenaamde Energiefabrieken. De sector heeft het perspectief in de afgelopen jaren verbreed naar de inzet van diverse duurzame energiebronnen binnen het gehele waterbeheer (wind, zon, waterkracht, restwarmte, koude, etc.). De waterschappen beschikken over assets als rioolwaterzuiveringen, kantoren, dijken, poldergemalen en stuwen. Zij hebben ook veel terreinen en oppervlaktewater in eigendom. Deze omstandigheid biedt handelingsperspectief om zelf energie op te wekken, maar ook de mogelijkheid om gronden ter beschikking te stellen aan derden. De waterschappen liggen goed op koers met het realiseren van al deze energiedoelstellingen, zo blijkt uit de jaarlijkse Klimaatmonitor waterschappen.

Daarnaast winnen de waterschappen grondstoffen terug bij de rioolwaterzuivering. Het gaat vooral om fosfaat, cellulose, alginaat en bioplastics uit rioolslib, maar ook oevermaaisel in het waterbeheer biedt mogelijkheden. Op een tiental rioolwaterzuiveringen zijn in de afgelopen jaren fosfaatinstallaties gebouwd en ook cellulose wordt op een aantal plaatsen teruggewonnen. Ten behoeve van stoffen als alginaat en bioplastics worden innovatieve technieken ontwikkeld. Met de bouw van (pilot)installaties zijn grote investeringen gemoeid en er vindt daarom veel onderlinge samenwerking

plaats. De Energie- en Grondstoffenfabriek vervult daarbij een belangrijke rol als aanjager van innovatie, samenwerking en kennisdeling tussen alle waterschappen.

Om de gewenste duurzame doelstellingen te halen is interactie en samenwerking met de omgeving vereist. Dit geldt zeker voor grondstoffen, want deze worden per definitie aan de omgeving geleverd, maar het is in toenemende mate eveneens van toepassing op energieprojecten. De levering van energieoverschotten van bijvoorbeeld biogas, of de benutting van warmte en koude, is sterk afhankelijk van lokale afnemers. Interactie met de omgeving vraagt om kennis van het juridische landschap dat buiten het waterstaatsrecht ligt. Interactie met de omgeving vraagt om maatwerk, ook in juridisch opzicht. Deze handreiking bevat een beschrijving op hoofdlijnen van de relevante rechtsgebieden, en geeft inzicht in juridische mogelijkheden en uitdagingen. Met behulp van de handreiking kan elk waterschap vervolgens zelf voor het benodigde maatwerk zorgen.

1.3 Leeswijzer

Deze handreiking betreft een actualisering van de Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen (Berenschot, november 2014). De handreiking bestaat uit 10 hoofdstukken waarin met name de juridische inhoud centraal staat bij de productie en levering van duurzame energie en grondstoffen door waterschappen. Het betreft de volgende juridische onderwerpen: het wettelijk kader van waterschappen, afvalstoffenrecht, aanbestedingsrecht, staatssteun, mededinging en markt en overheid, samenwerking en rechtsvormen, fiscaal recht (omzetbelasting, vennootschapsbelasting, energiebelasting), energierecht (elektriciteit, gas en warmte). De hoofdstukken beschrijven het juridische landschap, maar wel op hoofdlijnen, gericht op de waterschappen en zijn geen maatwerk adviezen voor concrete casussen.

Er is getracht om in elk hoofdstuk dezelfde structuur aan te houden - indien dat mogelijk is³⁾ - en daarmee voor de lezer een helder en uniform kader te schetsen. Hierdoor wordt het voor de lezer gemakkelijker om (separate) hoofdstukken te lezen en sneller relevante informatie in het betreffende hoofdstuk te vinden in een paragraaf. Elk hoofdstuk begint met een samenvatting van het hoofdstuk. Daarna volgt een beschrijving van het juridische landschap (overzicht / beschrijving van relevante wet- en regelgeving en belangrijkste jurisprudentie), handreiking (analyse van mogelijkheden met schema's of figuren ter verduidelijking), beschrijving van uitdagingen en mogelijke oplossingen, een risico-analyse en ten slotte een checklist die gebruikt kan worden als een self-assessment om de (juridische) kaders en relevante vragen van het betreffende hoofdstuk inzichtelijk te kunnen krijgen.

Hieronder wordt toegelicht welke onderdelen van een hoofdstuk ten minste relevant zijn voor welke doelgroep:

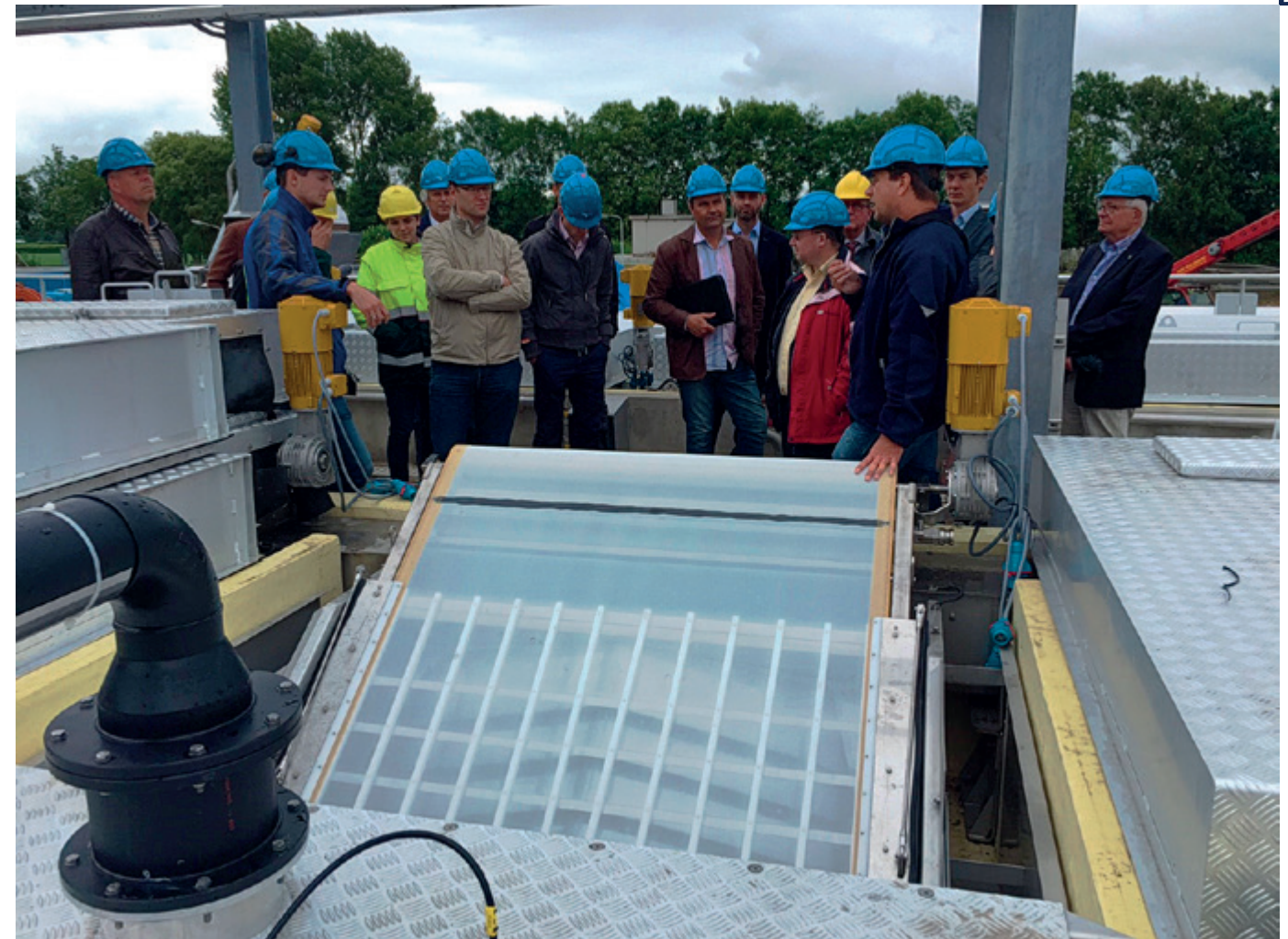
DOELGROEP	LEESWIJZER - AANBEVELING
Bestuurders	Van elk hoofdstuk de samenvatting
Projectleiders	Samenvatting en de paragrafen met betrekking tot handreiking, uitdagingen en mogelijke oplossingen, risicoanalyse
Juristen	Totale handreiking

3) Hoofdstuk 9 is echter anders qua structuur en opzet.

Wettelijk kader inzake waterschappen

Hoofdstuk 2

Analyse van het wettelijk kader inzake taken waterschappen



Met een zeefdoek wordt cellulose uit afvalwater gezeefd voor hergebruik-Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier

2.1 Samenvatting

In de praktijk is niet altijd duidelijk of de productie en levering van energie en grondstoffen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt. Nader onderzoek naar de relevante wettelijke bepalingen, waarvan hierna verslag wordt gedaan, heeft uitgewezen dat dit het geval is; dergelijke activiteiten roepen dus geen juridische bezwaren op. Meer concreet is daarin aangetoond dat - zoals ook in de betreffende brief van de minister van IenM aan de Tweede Kamer wordt gesteld - voor zover deze activiteiten plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en het watersysteembeheer, en voor zover de mededingingsrechtelijke regels worden gerespecteerd, daarvoor geen wettelijke belemmeringen bestaan. Hiervoor is geen wetswijziging vereist. Het risico van een dergelijke wetswijziging, die eruit zou bestaan dat waterschappen hun taken op duurzame wijze moeten uitoefenen, is bovendien dat deze in de praktijk zijn doel voorbij kan schieten. Voorts worden indachtig de brief van de minister hieronder enkele andere praktijkvoorbeelden op het terrein van energieopwekking en levering geschetst, die het waterschap zonder bezwaar kan oppakken.

2.2 Beschrijving van het juridische landschap

Het juridische landschap met betrekking tot de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen is breed en omvat verschillende rechtsgebieden. Deze komen verderop in deze handreiking uitvoerig aan de orde. Naar aanleiding van de onduidelijkheid die momenteel in de praktijk bestaat, concentreert dit hoofdstuk zich op het wettelijk kader inzake de taken van de waterschappen. In dat kader wordt de vraag beantwoord of het waterschap gezien zijn wettelijk takenpakket

bevoegd is tot de productie en levering van energie en grondstoffen. Past dit binnen zijn taken? Het antwoord op deze vraag wint aan betekenis nu de waterschappen in de recente gezamenlijke Investeringsagenda ‘Naar een duurzaam Nederland’ met IPO en VNG ambitieuze doelstellingen hebben uitgesproken. In deze Investeringsagenda hebben zij onder meer verklaard als sector in 2025 energieneutraal te willen zijn.

2.3 Wet- en regelgeving

Het waterschap is een vorm van functioneel bestuur, dat gekenmerkt wordt door een beperkt takenpakket. Anders dan bij provincies en gemeenten, die vormen van algemeen bestuur zijn en om die reden in principe vrij zijn om alles op te pakken wat hen goeddunkt tenzij een hogere regeling zich daartegen verzet, zijn de taken van het waterschap beperkt. Dit functionele karakter komt ook in de wetgeving tot uitdrukking. Het takenpakket van het waterschap is geregeld in art. 1 Waterschapswet. Het eerste lid van deze bepaling omschrijft waterschappen als “openbare lichamen welke de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied ten doel hebben”. Het tweede lid kleurt deze algemeen geformuleerde taakopdracht nader in en bepaalt dat de taken die tot dat doel aan waterschappen worden opgedragen de zorg voor het watersysteem en de zorg voor de zuivering van (stedelijk) afvalwater betreffen. Deze zorgplicht voor de zuivering van stedelijk afvalwater is nader gepreciseerd in art. 3.4 Waterwet. Het derde lid van art. 1 Waterschapswet bepaalt dat de zorg voor het watersysteem mede omvat: het voorkomen van schade aan waterstaatswerken veroorzaakt door muskus- en beverratten. Dit taakonderdeel is nader geregeld in art. 3.2A Waterwet. In de provinciale reglementen voor de waterschappen wordt een en ander verder uitgewerkt, waarbij uiteraard niet van de bepalingen van de Waterschapswet en Waterwet kan worden afgeweken. Naast de regeling van de taken is in dit verband ook art. 56 Waterschapswet van betekenis. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat het waterschapsbestuur “bevoegd is tot regeling en bestuur ter behartiging van de taken die het waterschap in het reglement zijn opgedragen”. Het waterschap heeft dan wel een beperkt takenpakket, uit dit artikel blijkt dat het echter in beginsel vrij is om te bepalen hoe het zijn taken vervult. Ten slotte zijn in dit verband ook enkele fiscale bepalingen van belang. Art. 117 Waterschapswet bepaalt dat ter bestrijding van kosten die zijn verbonden aan de zorg voor het watersysteem een watersysteemheffing wordt geheven. Art. 122d Waterschapswet bepaalt dat ter bestrijding van kosten die zijn verbonden aan de behartiging van de taak van het zuiveren van afvalwater een zuiveringsheffing wordt ingesteld. Beide heffingen kennen in zoverre een ‘gesloten’ karakter dat de opbrengst uitsluitend voor het watersysteembeheer respectievelijk het zuiveringsbeheer mag worden aangewend.

2.4 Handreiking wettelijk kader inzake taken waterschappen in relatie tot het produceren en leveren van energie en grondstoffen

2.4.1 Inleiding

Er bestaat in de praktijk onduidelijkheid over de vraag of de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen binnen de (zuiverings)taak van

het waterschap valt.⁴⁾ Diverse studies die de afgelopen jaren op dit terrein zijn verschenen, geven verschillende antwoorden, hetgeen tot onzekerheid leidt. Aangezien de waterschappen voor grote investeringsbeslissingen staan (verdere realisatie van energie- en grondstoffenfabrieken), verlangen zij duidelijkheid. Daarom zijn in het kader van de onderhavige handreiking de relevante wettelijke bepalingen nog eens grondig onderzocht. Dat betreft niet alleen de wettelijke bepalingen ten aanzien van de taken van de waterschappen, maar ook die met betrekking tot de financiering van deze taken. Dit laatste vloeit voort uit het gegeven dat de waterschappen hun taken vrijwel volledig via eigen heffingen bekostigen, hetgeen bepaalde beperkingen aan de bestedingsmogelijkheden daarvan stelt. De belastingplichtigen moeten er immers op kunnen vertrouwen dat de waterschappen de belastingmiddelen verantwoord inzetten en niet besteden aan andere zaken dan waarvoor de belasting wordt geïnd. Daarbij moet vooraf benadrukt worden dat de onderhavige discussie niet zozeer de taken zelf van het waterschap betreft, maar de wijze waarop deze kunnen/moeten worden uitgevoerd.

2.4.2 Achtergrond vraagstelling

In een groot aantal akkoorden met het Rijk heeft de waterschapssector zich de afgelopen jaren verplicht werk te maken van energieopwekking en grondstoffenterugwinning. Er zijn concrete afspraken gemaakt over de realisatie van een aantal energie- en grondstoffenfabrieken. Ook in de recente gezamenlijke Investeringsagenda met IPO en VNG hebben de waterschappen ambitieuze doelstellingen op dit terrein vastgelegd. In dit kader is de vraag gerezen in hoeverre de productie en levering van energie en grondstoffen past binnen de taakomschrijving van het waterschap.

Met het oog op deze onduidelijkheid heeft de STOWA de Universiteit van Utrecht in 2012 opdracht gegeven deze vraag te beantwoorden. In het betreffende rapport⁵⁾ wordt benadrukt dat de waterwetgeving de waterschappen wel uitnodigt om hun taken doelmatig uit te voeren, maar niets zegt over duurzaamheid. Kort samengevat wordt in het rapport geconcludeerd dat alleen de productie van energie uit afvalwater voor eigen gebruik door de waterschappen binnen de wettelijke taakstelling valt. De levering van energie (en grondstoffen) aan derden valt daar nadrukkelijk buiten, omdat in de wet niet expliciet is bepaald dat dit tot de zuiveringstaak van de waterschappen kan worden gerekend. De kosten van de productie en levering van deze energie, die als marktactiviteiten worden gekwalificeerd, zouden dan ook niet bekostigd mogen worden uit de opbrengst van de zuiveringsheffing.⁶⁾ Weliswaar wordt het in de afsluitende conclusies en aanbevelingen denkbaar geacht dat de (juridische) risico’s voor de waterschappen in de praktijk meevallen en dat zij op de gekozen weg kunnen voortgaan, maar toch verdient het volgens het rapport⁷⁾ de voorkeur expliciet in de Waterschapswet en de Waterwet vast te leggen dat de taken van de waterschappen – in het bijzonder de zuivering – op een duurzame wijze dienen te worden uitgevoerd.

4) Zie hierover ook Herman Havekes en Rafaël Lazaroms, Juridische belemmeringen energieopwekking en terugwinning van grondstoffen door waterschappen?, Water Governance 01/2017, p. 42-44 en de aldaar genoemde literatuur.

5) Rapport “Innovatie en duurzaamheid: Valorisatie van afvalwater”, STOWA 2012/47.

6) STOWA 2012/47, p. 31-33.

7) In het rapport worden ook enkele andere opties gepresenteerd, die hier korthedshalve verder buiten beschouwing blijven.

Functioneel bestuur

Zorgplicht

Provinciale reglementen

Taakomschrijving

Rapport “Innovatie en duurzaamheid: Valorisatie van afvalwater

Rapport Rembrandt Water

Een ander rapport dat in dit kader van belang is, is het rapport van de RebelGroup en Allen & Overy over de inzet van Nederlandse drinkwaterbedrijven en waterschappen in het buitenland.⁸⁾ Weliswaar betreft het hier een andere vraagstelling, te weten in hoeverre de Nederlandse waterschappen gelet op hun wettelijke taak in het buitenland commerciële activiteiten mogen verrichten, maar deze toont duidelijke overeenkomsten met de onderhavige vraagstelling. In het rapport wordt dan ook regelmatig verwezen naar het hiervoor genoemde STOWA-rapport. Mits aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan, zoals de relatie met de uitvoering van de publieke taak, geen gevaar voor publieke taken, beperkte aanwending van ‘geormerkte middelen’ en geen ongeoorloofde kruissubsidiëring, worden - wederom kort samengevat - geen wettelijke belemmeringen voor genoemde activiteiten gezien.⁹⁾

Brief minister IenM

In een brief van 26 april 2013 aan de Tweede Kamer heeft de minister van IenM op verzoek van de Unie van Waterschappen (UvW) kort haar licht over de onderhavige vraag laten schijnen.¹⁰⁾ Daarin zegt de minister geen wettelijke belemmeringen voor de onderhavige activiteiten te zien, mits zij plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken van de waterschappen, zoals het zuiveren van afvalwater en watersysteembeheer. Met de woorden ‘in het kader van’ is tot uitdrukking gebracht dat de activiteiten ‘dienstbaar’ moeten zijn aan genoemde taken. Ook zal moeten worden voldaan aan mededingingsrechtelijke regels. Daarbij noemt de minister expliciet als toegestane activiteiten de levering aan private partijen van reststoffen van het zuiveringsproces die voor hen als grondstof dienen en de levering aan woningen en bedrijven van energie uit (effluent)lozingen van gezuiverd afvalwater en uit slibvergisting. Andere mogelijkheden, zo stelt zij in de brief, zullen samen met de UvW worden onderzocht. Kern van deze brief is dus dat de eerder bedoelde wijziging van de Waterschapswet en de Waterwet niet nodig wordt geacht. Tot dusver is deze dan ook niet in gang gezet. Bij de behandeling van de (komende) Omgevingswet heeft de minister dit standpunt herbevestigd.¹¹⁾

Helaas heeft dit heldere standpunt van de minister in de praktijk nog niet alle onduidelijkheid kunnen wegnemen. Er blijven vragen bestaan, zodat het noodzakelijk is deze afdoende te beantwoorden.

2.4.3 Beantwoording centrale vraag

Met het STOWA-rapport moet worden erkend dat het in zijn algemeenheid aanbeveling verdient de taken en bevoegdheden van de diverse overheden helder in de wet vast te leggen. Dat geldt niet in de laatste plaats voor het waterschap, dat immers een functionele bestuursvorm is met een beperkt takenpakket, te weten de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied zoals artikel 1 lid 1 Waterschapswet het formuleert. Anderzijds heeft de minister in haar brief nadrukkelijk aangegeven

binnen bepaalde randvoorwaarden geen wettelijke belemmeringen te zien voor de onderhavige activiteiten. Van die zijde wordt het dus niet nodig geacht de in het STOWA-rapport voorgestelde wetswijziging in gang te zetten. Deze verschillende benadering wordt in hoofdzaak veroorzaakt doordat in het STOWA-rapport duurzaamheidsoverwegingen het centrale aandachtspunt vormen, waarbij het feit dat de onderhavige activiteiten mede vanuit doelmatigheidsoverwegingen ingegeven zijn te veel op de achtergrond is geraakt. Deze constatering is niet zonder betekenis, aangezien het STOWA-rapport in de kern geen onoverkomelijke problemen ziet voor activiteiten die (mede) vanuit doelmatigheidsoogpunt plaatsvinden. Het doelmatigheidsbelang is namelijk op verschillende plaatsen in de wettelijke bepalingen terug te vinden. Het STOWA-rapport ziet eigenlijk uitsluitend problemen voor activiteiten die volledig of overwegend vanuit duurzaamheidsoogpunt plaatsvinden en pleit om die reden voor een wetswijziging die dergelijke activiteiten een wettelijke basis verschaft. Anders gezegd, vanuit het doelmatigheidsperspectief lijken de onderhavige activiteiten dus reeds binnen de uitgangspunten van het STOWA-rapport te vallen.

Hierna wordt de centrale vraag of de productie en levering van energie en grondstoffen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt aan de hand van eerdergenoemde documenten nader geanalyseerd en beantwoord.

In dit kader is het allereerst goed om ter nuancering te benadrukken dat ondanks de onderhavige activiteiten de rol van de waterschappen beperkt zal blijven tot die van een relatief kleine, lokale energieproducent. Hoewel de bijdrage aan biogas substantieel is, zullen de waterschappen alle zeilen bij moeten zetten om de afspraak van 40% zelfvoorziening in 2020 te realiseren. Dat geldt nog meer voor de uitspraak om in 2025 als sector energieneutraal te willen zijn. Van die 40% wordt het overgrote deel ingezet voor eigen gebruik en maar een zeer beperkt deel aangewend voor levering aan derden, al zal dit in de toekomst door lokale overschotten wel kunnen gaan verschuiven. Per saldo blijven de waterschappen ook de eerstkomende jaren nog een grote energieverbruiker. De energienota wordt betaald uit de opbrengst van de eigen belastingen. Elke activiteit om het eigen netto-energieverbruik omlaag te brengen, past dus binnen de doelmatige uitvoering van de taken. De waterschappen willen zich daarbij uiteraard aan het daarvoor geldende wettelijk kader houden. Het verlagen van het netto-energieverbruik doen de waterschappen op verschillende manieren: energiebesparing/energie-efficiency en biogasproductie, maar ook - zoals afgesproken in het Energieakkoord - door onderzoek naar de inzet van andere duurzame energiebronnen op de eigen terreinen, zoals windmolens op dijken, waterkrachtturbines in het eigen watersysteem en het benutten van de warmte van het oppervlaktewater. Toepassing van andere energiebronnen vindt al op beperkte schaal plaats.

Bij grondstoffen ligt het verhaal iets anders. Grondstoffen die de waterschappen terugwinnen, zullen per definitie moeten worden geleverd aan de markt, omdat de waterschappen deze, anders dan energie, niet in hun eigen processen kunnen gebruiken. Het sluiten van kringlopen van schaarse grondstoffen betekent dus winning én levering. Het is maatschappelijk ook niet uit te leggen dat de waterschappen deze schaarse grondstoffen zouden moeten blijven verbranden. Grote bedragen levert die levering vooralsnog overigens niet op, de grootste winst voor de waterschappen zit vooral in minder slibproductie en dus lagere verwerkingskosten.

Duurzaam en doelmatig

8) Rapport “Rembrandt Water: Expanderen op de internationale markt van geïntegreerde contracten. Bundeling van Nederlandse kracht op drink- en afvalwaterdiensten”, Den Haag 2013.
9) RebelGroup en Allen & Overy, p. 9-12 en in het bijzonder p. 47-62.
10) Kamerstukken II, 2012-2013, 33400 J, nr. 19, p. 12.
11) Kamerstukken II, 33 962, nr. 100, p. 1-2: ‘...dat het waterschap binnen de uitoefening van zijn taken (beheer van watersystemen, zuivering van stedelijk afvalwater) tevens bevoegd is om energie op te wekken en grondstoffen terug te winnen uit afvalwater. Deze taken dragen bij aan een duurzame en doelmatige invulling van de taken van waterschappen. Er zijn geen wettelijke belemmeringen voor deze activiteiten. Dat dit mogelijk is heb ik u eerder laten weten in mijn brief van 26 april 2013. Deze conclusie is bevestigd in het onderzoeksrapport «Juridische handreiking duurzame energie en grondstoffen waterschappen», dat is opgesteld in opdracht van onder andere de Unie van Waterschappen....’.

Dit laatste laat zien dat duurzaamheid bij de onderhavige activiteiten zeker een rol speelt, de primaire insteek is echter kostenbesparing en daarmee doelmatigheid. Als de energie- en grondstoffenproductie voor de waterschappen tot hogere kosten zou leiden, had deze hoogstwaarschijnlijk niet zo'n grote vlucht genomen.

In de tweede plaats moet worden geconstateerd dat de waterschappen zonder enig probleem dagelijks allerlei handelingen verrichten en besluiten nemen die niet in de wet zijn genoemd. Men koopt in, men verpacht grond, men sluit leningen af en doet nog veel meer, zonder dat dit expliciet in de wet wordt genoemd. Uiteraard geldt daarbij steeds dat al die activiteiten plaatsvinden in het kader van de wettelijke taakstelling - het waterschap moet in zoverre geen spoorlijn willen gaan exploiteren -, maar het ontbreken van een expliciete wettelijke bepaling vormt hiervoor geen enkel probleem. Het verrichten van deze handelingen vloeit rechtstreeks voort uit de algemene wettelijke taakopdracht. Het zou voor de wetgever ook geen doen zijn om alle mogelijke handelingen van het waterschap van tevoren van een wettelijke basis te voorzien. Dat die activiteiten ook een privaatrechtelijk karakter kunnen hebben (de levering van goederen), is daarbij onomstreden. Juist om deze reden is het waterschap een rechtspersoon, waardoor het net als Rijk, provincies en gemeenten privaatrechtelijk kan optreden.¹²⁾ Beschouwingen over de Windmill-doctrine zijn hiervoor niet nodig. Bovendien heeft die doctrine in de kern betrekking op een andere vraag, te weten of het de overheid richting een particulier bedrijf vrij staat de privaatrechtelijke weg (van het eigendom van een water) te kiezen of dat in bepaalde omstandigheden de publiekrechtelijke weg (van een heffingsstelsel) gevolgd moet worden aangezien deze het bedrijf meer rechtsbeschermingsmogelijkheden biedt.

In de derde plaats moet worden bedacht dat, zoals ook in het STOWA-rapport is aangegeven¹³⁾, de vraag wat tot het terrein van de publieke taak behoort, gebonden is aan tijd en plaats, heersende politiek, cultuur en aan bestaande belangen en behoeften. De ontwikkelingen in de techniek kunnen hier nog aan toegevoegd worden. Dit om aan te geven dat de zuiveringstaak anno 2017 heel anders wordt uitgeoefend dan in 1970, toen deze met de inwerkingtreding van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo) een grote vlucht nam. Voor de wetgever is het niet doenlijk zo niet onmogelijk om al deze ontwikkelingen bij te houden, nog los van de vraag of dat wenselijk zou zijn. Anno 2017 biedt de zuivering van communaal afvalwater, anders dan in 1970, realistische en financieel aantrekkelijke - en daarmee doelmatige - mogelijkheden voor de productie en levering van energie en grondstoffen. De wet hoeft dit dan niet expliciet voor te schrijven, maar dit moet worden gerekend tot de 'eigen' huishouding van het waterschap. Van het waterschap wordt immers in algemene zin verwacht dat het zijn taak tegen de laagste maatschappelijke kosten uitoefent. Verhandelingen over de 'brede kijk' die het waterschap bij zijn functioneren aan de dag mag leggen, zijn daarvoor in het geheel niet nodig.¹⁴⁾ Dat het waterschap hierbij een zekere ruimte toekomt die verder gaat

dan de strikt waterstaatkundige belangen, blijkt immers reeds uit het befaamde KB uit 1956 inzake de schenking van een gebrandschilderd raam door het Hoogheemraadschap van Delfland voor de Oude Kerk te Delft ter gelegenheid van de restauratie van deze kerk.¹⁵⁾ Tegenwoordig zit die ruimte in art. 56 Waterschapswet, dat bepaalt dat het waterschapsbestuur bevoegd is tot regeling en bestuur ter behartiging van de taken die het waterschap in het reglement zijn opgedragen. Het functionele karakter van het waterschap (gesloten huishouding) stelt in die zin duidelijke grenzen aan het takenpakket van het waterschap en legt deze om die reden ook expliciet wettelijk vast (de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied). Bij de wijze waarop die taken worden uitgevoerd, komt het waterschap echter een autonome vrijheid toe. Het misverstand moet dus niet rijzen dat de gesloten huishouding het waterschap bij de taakuitoefening geen enkele vrijheid zou laten.

Urinoirs in AFAS Live (de voormalige Heineken Music Hall), fosfaatwinning uit afvalwater



15) KB 13 augustus 1956, WB 1956, nr. 35, p. 177 m.nt. Schilthuis. Zie voorts Havekes, t.a.p. p. 88.

Wet verontreiniging oppervlaktewateren

Brede kijk

12) Rapport "Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden: Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen", ministerie van Justitie, Den Haag 2006. Zie hiervoor ook hoofdstuk 6 van deze handreiking.

13) STOWA 2012/47, p. 27.

14) Zie over deze "brede kijk" H.J.M. Havekes, "Functioneel decentraal waterbestuur: borging, bescherming en beweging. De institutionele omwenteling van het waterschap in de afgelopen vijftig jaar" (diss.), Den Haag 2009, p. 158-163.

In de vierde plaats is het STOWA-rapport sterk gebaseerd op een passage uit de wetsgeschiedenis van de wijziging van de Wvo van begin 2002, waarbij de zuiveringstaak als waterschapstaak is verankerd.¹⁶⁾ De bewuste passage moet echter, als zoveel passages uit de wetsgeschiedenis, nadrukkelijk in de tijdgeest worden geplaatst. De passage gaat in de kern over het voorkomen van concurrentievervalsing door de overheid - dat was toen immers de tijdgeest - en niet over de wijze waarop het waterschap zijn taak moet uitvoeren. Er zijn voldoende passages in de wetsgeschiedenis te vinden, waarin benadrukt wordt dat het waterschap zijn zuiveringstaak doelmatig moet uitvoeren.

In dit kader is het zeker nuttig om ook de oorspronkelijke toelichting bij het wetsvoorstel Wet verontreiniging oppervlaktewateren uit 1964 erbij te pakken. Daaruit blijkt dat de voorgestelde regeling niet tot strekking had om voor te schrijven op welke wijze en in welke mate de waterverontreiniging moest worden bestreden, maar om de mogelijkheden tot die bestrijding te activeren en te coördineren.¹⁷⁾ Dat geldt ook nu nog. Afgezien van (Europese) eisen om bepaalde stoffen uit het afvalwater te verwijderen, is het waterschap in beginsel vrij het zuiveringsproces (en mutatis mutandis de watersysteemtaak) naar eigen goeddunken in te richten. Het is voor de wetgever ook niet doenlijk en verstandig om dit in detail te willen vastleggen. Anders zou telkens als zich een nieuwe techniek aandient, een wetswijziging nodig zijn. Daarbij is niet onbelangrijk dat de Tweede Kamer de waterschappen via de motie- Hachchi heeft opgeroepen energieneutraal te worden.¹⁸⁾ De Tweede Kamer ziet dus graag dat de waterschappen de onderhavige activiteiten oppakken.

In de vijfde en laatste plaats moet gewaakt worden voor het wettelijk vastleggen van de wijze waarop het waterschap zijn taak al dan niet zou moeten uitvoeren en van de belangen die het waterschap bij zijn opereren mag of moet behartigen. De oproep om in de wet vast te leggen dat het zuiveringsbeheer gericht moet zijn op ‘duurzaamheid’ lijkt op het eerste gezicht wellicht niet onlogisch, maar kan het waterschap afhankelijk van de exacte vormgeving in de praktijk mogelijk zelfs nog opbreken. Zo worden zeker niet alle 350 rioolwaterzuiveringsinstallaties (rwzi’s) van de waterschappen omgebouwd tot energie- of grondstoffenfabriek, maar beperkt zich dit tot enkele tientallen grote rwzi’s waar veelal centraal het slib van een aantal andere nabijgelegen rwzi’s wordt ingezameld. Voldoen de andere rwzi’s dan niet aan dit duurzaamheidsvereiste? Kunnen andere partijen het waterschap er dan toe verplichten ook die rwzi’s om te bouwen? En wat als bepaalde maatregelen weliswaar heel duurzaam, maar tegelijkertijd heel kostbaar en daarmee niet doelmatig zijn? Kan het waterschap dan verplicht worden deze maatregelen toch te treffen? Een dergelijke discussie vormt allesbehalve een wenkend perspectief. Het waterschap moet zijn handelingsvrijheid bij voorkeur behouden.

De discussie doet in zoverre denken aan het pleidooi van enkele politieke fracties tijdens de totstandkoming van de Waterschapswet om in de wet vast te leggen dat het waterschap ook de belangen van natuur en milieu dient mee te nemen. Beide

desbetreffende amendementen werden door de minister ontraden en verworpen. Het afwegingskader dat het waterschap ten dienste staat is al ruim genoeg, zo leek hierbij de redenering van de regering.¹⁹⁾ Eerder was al door de ‘aanstichter’ van de Waterschapswet, de bekende Diepdelderscommissie, en in de regeringsnota “Naar een nieuw waterschapsbestel?” (1977)²⁰⁾ benadrukt dat de uitoefening van de waterstaatszorg (door waterschappen) moet geschieden met afweging en behartiging van ‘alle betrokken belangen’. Dit geldt vandaag de dag nog evenzeer. Ook zonder dat de term ‘duurzaamheid’ in de Waterschapswet voorkomt, kunnen de waterschappen dit belang waar nodig meenemen. Zij doen dat ook en participeren bijvoorbeeld in het overleg met de medeoverheden over duurzaam inkopen.

Uit het voorgaande blijkt dat er goede redenen zijn om aan te nemen dat de waterschappen op dit terrein reeds over de nodige ruimte beschikken, aangezien die activiteiten onder de wettelijke taak van het waterschap vallen, ook zonder dat er sprake is van een expliciete wettelijke basis. Daarbij dient bedacht te worden dat bij deze activiteiten duurzaamheidsoverwegingen weliswaar een belangrijke rol spelen, maar dat het initiatief hiertoe in de praktijk vooral voortkomt uit doelmatigheidsoverwegingen (kostenbesparingen). Het creëren van een dergelijke wettelijke basis is niet nodig en heeft in potentie het risico dat deze zijn doel voorbijschiet. Hiermee is overigens geenszins gezegd dat het waterschap zonder enige restrictie kan doen wat het wil. Zoals hiervoor en ook in de brief van de minister aan de Tweede Kamer nadrukkelijk is aangegeven, dienen de activiteiten plaats te vinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en watersysteembeheer. De activiteiten van de waterschappen moeten dienstbaar zijn aan deze wettelijke taken. In concreto: als de alom gewenste - en in diverse akkoorden met het Rijk ook overeengekomen - energie- en grondstoffenfabrieken voorzien in een surplus aan energie en nieuw af te zetten grondstoffen, dan is het waterschap niet alleen gerechtigd deze voor eigen gebruik in te zetten, maar mag het deze zo nodig aan woonwijken, bedrijven en andere private partijen afzetten. Uiteraard gelden daarbij, ook dit wordt in de brief van de minister onderstreept, de mededingingsrechtelijke regels. Voor wettelijke belemmeringen behoeft het waterschap in dit soort situaties dus niet te vrezen.

Ter wille van de duidelijkheid kan het geen kwaad om op deze plaats enkele praktijksituaties te noemen. Daarbij staat uiteraard steeds voorop dat de activiteiten het functioneren van de betreffende waterstaatswerken niet in het gedrang mag brengen. In lijn met het voorgaande moet ook het combineren van een stuw of een gemaal met een waterkrachtcentrale, het aanbrengen van zonnecollectoren bij stuwen of andere waterstaatswerken, het benutten van warmte van het afvalwater/effluent/oppervlaktewater, het plaatsen van windmolens op de eigen dijken alsmede het al dan niet samen met andere waterpartners, in het bijzonder Rijkswaterstaat, profiteren van de getijden of van de zoet- en zoutwateruitwisseling, mogelijk worden geacht zonder dat daar een expliciete wettelijke basis voor nodig is. Bij al deze voorbeelden bestaat een duidelijke relatie met de eigen taak, waaraan de activiteit ‘dienstbaar’ is.

16) STOWA 2012/47, p. 28-30.

17) Zie aldus J.H.A. Teulings in “Bestrijding van de watervervuiling. Vijfentwintig jaar Wvo”, Ministerie van Verkeer en Waterstaat/Unie van Waterschappen, Den Haag 1995, p. 12.

18) Kamerstukken II, 2014-2015, 34 000 J, nr. 19.

19) Havekes, t.a.p. p. 160.

20) Havekes, t.a.p. p. 26-37.

Nog concreter zijn onder meer de navolgende constructies mogelijk:

Casus I: Een gemeente levert warmte van snoeiafvalverbranding aan het waterschap voor de exploitatie van een rwzi. De rwzi produceert biogas dat via een pijpleiding rechtstreeks wordt geleverd aan een bedrijf. Een ander deel van het biogas wordt opgewerkt tot groen gas voor mobiliteit en aan de gemeente geleverd om er vuilnis-auto's op te laten rijden.

Casus II: Op en bij een rwzi, poldergemaal, stuw en dijk zijn windmolens en zonnepanelen geplaatst. De productie van elektriciteit geschiedt in beginsel voor eigen gebruik, door pieken in het aanbod wordt soms aan derden (het energiebedrijf) geleverd.

Casus III: Het waterschap zeeft op een rwzi cellulose uit het afvalwater en levert dit als tussenproduct aan een bedrijf dat dit verder raffineert voor toepassing in de wegenbouw.

Overigens moet bij het plaatsen van windmolens op dijken nog benadrukt worden dat dit vanzelfsprekend alleen is toegestaan voor zover dat de stabiliteit van de dijk niet in gevaar brengt. Hiernaar zal naar verwachting nog het nodige onderzoek moeten worden verricht. Voorts is hierbij een zekere 'bovengrens' denkbaar, in die zin dat deze activiteit is te verantwoorden voor zover het waterschap per saldo een energieverbruiker blijft. Wanneer het vermogen van de te plaatsen windmolens zo groot wordt dat het waterschap daarmee per saldo een grote energieleverancier wordt, past deze activiteit niet meer in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken. Het waterschap zou zich dan kunnen beperken tot het ter beschikking stellen van de grond aan een nutsbedrijf en kunnen volstaan met een rol als facilitator.

Gesloten' heffingenstelsels

Een laatste opmerking in dit verband betreft de 'gesloten' heffingenstelsels van de waterschappen: de watersysteemheffing en de zuiveringsheffing. Het produceren van energie op rwzi's en het terugwinnen van grondstoffen uit afvalwater vallen onder de zuiveringstaak, zodat desbetreffende investeringen en kostenbesparingen in het tarief van de zuiveringsheffing moeten zijn terug te vinden. Het produceren van energie via windmolens op dijken en het combineren van een stuw of een gemaal met een waterkrachtcentrale vallen onder de watersysteemtaak. Investeringen en kostenbesparingen op dit terrein zullen dus in het tarief van de watersysteemheffing en niet in het tarief van de zuiveringsheffing tot uitdrukking moeten komen. Omgekeerd geldt dit uiteraard ook. Energie die binnen het zuiveringsbeheer wordt opgewekt, kan in het watersysteembeheer worden ingezet. De financiële voordelen daarvan zullen echter aan het zuiveringsbeheer ten goede moeten komen. De betreffende investeringen zijn immers via de zuiveringsheffing bekostigd.

Vrijheid niet onbegrensd

Het waterschap komt dus een ruime vrijheid toe in de wijze waarop het zijn taken uitvoert, maar deze vrijheid is niet onbegrensd. Zoals hierboven al min of meer is aangegeven, moeten waterschappen uiteraard geen energiebedrijf willen worden. Het volledig los van de eigen taken aanleggen van windmolenparken, investeren

in zonnepanelen op woningen en dergelijke is dus niet mogelijk²¹⁾. Ook voor de vormgeving van energiefabrieken gelden zekere grenzen. Vanzelfsprekend kan daarvoor het stedelijk afvalwater van de aangesloten huishoudens en bedrijven en het bermmaaisel en rietafval dat vrijkomt bij het slootonderhoud worden ingezet. Een eventueel financieel voordeel voor het verwerken van bermmaaisel en rietafval moet daarbij aan de watersysteemheffing ten goede komen. Wanneer daarvoor tevens op grote schaal biologisch afval van andere partijen, zoals Staatsbosbeheer en bedrijven, wordt ingezet, betreden de waterschappen de markt van de afvalverwerking en zal tenminste aan de nationale eisen van de Wet markt en overheid en de Europese eisen van de interne markt moeten worden voldaan, zodat concurrentievervalsing wordt voorkomen.²²⁾ Volledige financiering van dergelijke activiteiten via de zuiveringsheffing is, mede gezien het STOWA-rapport en het rapport van RebelGroup en Allen & Overy, in dat kader een brug te ver. Het waterschap zal daarvoor dus andere middelen moeten inzetten, waarbij erop gewezen wordt dat waterschappen soms over grote, vrij besteedbare inkomsten beschikken uit precario en andere bronnen en dat zo nodig externe financiële middelen kunnen worden aangetrokken. Dit laatste moet ook goed voor ogen worden gehouden bij de eventuele grootschalige mestverwerking al dan niet in combinatie met de zuivering van stedelijk afvalwater op de rwzi's van de waterschappen. Alhoewel daar een zekere relatie ligt met de eigen zuiveringstaak en mogelijk een gunstig effect voor de waterkwaliteit in het waterschapsgebied kan optreden, is het strikt formeel gesproken van belang in hoeverre daarbij (mede) sprake is van de zuivering van stedelijk afvalwater. Dat is nodig om dergelijke activiteiten volledig via de zuiveringsheffing te kunnen financieren. Voorts verdient het aanbeveling om contractueel te regelen dat het financieel-economisch risico bij deze specifieke activiteit niet op het waterschap, maar op de landbouwsector rust. Een wettelijke experimenteerbepaling voor grootschalige mestverwerking zou daarbij een uitkomst kunnen zijn. Samenwerking met andere partners is in beide situaties goed denkbaar. De vraag of die samenwerking publiek-rechtelijk (Wgr) of privaatrechtelijk (BV/NV/stichting en dergelijke) plaatsvindt - zie hiervoor hoofdstuk 6 van deze handreiking - is als zodanig niet bepalend voor de vraag óf het waterschap kan participeren. Eerder is al aangegeven dat het waterschap ook privaatrechtelijk kan optreden. Wel zal het ook bij privaatrechtelijke samenwerkingsvormen steeds moeten gaan om activiteiten die een aantoonbare relatie met de taak van het waterschap hebben. Het waterschap kan geen aandelen kopen in een bedrijf dat snoepgoed fabriceert.

2.5 Risicoanalyse

Anders dan de navolgende hoofdstukken leent de onderhavige beschouwing zich minder goed voor een risicoanalyse. De strekking van deze beschouwing betreft immers in hoofdzaak de juridische vraag of de waterschappen in het licht van hun wettelijke taakstelling vrij zijn om de productie en levering van energie en grondstoffen op te pakken, een vraag die in dit hoofdstuk positief beantwoord wordt.

Vrij besteedbare inkomsten

21) Op grond van de Wet Financiering decentrale overheden kunnen waterschappen (en andere openbare lichamen) uitsluitend ten behoeve van de uitoefening van de publieke taak leningen aangaan, middelen uitzetten of garanties verlenen.

22) Zie aldus ook STOWA 2012/47, p. 32.

Marktactiviteiten'

Niettemin kan ook bij deze beschouwing op enkele risico's worden gewezen. Alhoewel zoals gezegd het waterschap in beginsel vrij is om de onderhavige activiteiten op te pakken, is het in het licht van het voorgaande raadzaam om goed voor ogen te houden dat wanneer daarbij 'marktactiviteiten' worden verricht de mededingingsrechtelijke regels in acht genomen moeten worden (zie hoofdstuk 5). Ook de minister heeft in haar brief hierop gewezen. Die regels maken het verrichten van die activiteiten mogelijk, maar binden die wel aan bepaalde eisen. Daarnaast moeten de waterschappen zich realiseren dat hun belastingen (de zuiveringsheffing en de watersysteemheffing) niet zijn bedoeld voor het verrichten van activiteiten die niet in het kader van hun taakuitoefening worden uitgevoerd, hetgeen impliceert dat daarvoor andere financieringsbronnen moeten worden gevonden. Dit laatste geldt temeer nu de belastingrechter de afgelopen jaren meermaals belastingverordeningen onverbindend heeft verklaard als via die belasting kosten worden gedekt waarvoor de betreffende belasting niet is bedoeld. Weliswaar betreft deze jurisprudentie²³⁾ gemeentelijke belastingen (afvalstoffenheffing, rioolheffing en retributies), maar de uitgangspunten voor gemeentelijke bestemmingsheffingen en retributies gelden in beginsel ook voor de waterschapsbelastingen. Steeds zal een waterschap zich dus moeten afvragen of de betreffende kosten kunnen worden aangemerkt als "kosten die zijn verbonden aan de behartiging van de taak inzake het zuiveren van afvalwater" (art. 122d Waterschapswet) of als "kosten die zijn verbonden aan de zorg voor het watersysteem" (art. 117 Waterschapswet). Voorts moet bedacht worden dat beide belastingen, ook al staat dit niet expliciet in de Waterschapswet, in beginsel ten hoogste kostendekkend mogen zijn. In het voorgaande is in algemene zin geconcludeerd dat de productie en levering van energie en grondstoffen ten principale binnen de zuiverings- en de watersysteeltaak van het waterschap valt. Tegelijkertijd zijn enkele voorbeelden van situaties beschreven waarin het waterschap nadrukkelijk de markt zou betreden en externe financiering op zijn plaats is. De hiervoor bedoelde jurisprudentie bevestigt deze benadering.

Kostendekkend

2.6 Conclusies

In de praktijk is niet altijd duidelijk of de productie en levering van energie en grondstoffen binnen de (zuiverings)taak van het waterschap valt. Hiervoor is uiteengezet dat dit het geval is, zodat deze activiteiten geen juridische bezwaren oproepen. Aangetoond is, zoals ook in de betreffende brief van de minister van IenM aan de Tweede Kamer wordt gesteld, dat voor zover deze activiteiten plaatsvinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en het watersysteembeheer, en de mededingingsrechtelijke regels worden gerespecteerd, daarvoor geen wettelijke belemmeringen bestaan. Hiervoor is geen wetswijziging vereist. Een dergelijke wetswijziging, die eruit zou bestaan dat de waterschappen hun taken op duurzame wijze moeten uitoefenen, miskent enerzijds dat de onderhavige activiteiten mede vanuit doelmatigheidsoogpunt zijn ingegeven en bergt anderzijds het risico in zich dat deze in de praktijk zijn doel voorbij kan schieten. Voorts zijn hiervoor indachtig de brief van de minister enkele andere concrete praktijkvoorbeelden geschetst op het terrein van energieopwekking en levering die het waterschap zonder bezwaar kan oppakken. Die voorbeelden laten zien dat er voor het waterschap vanwege zijn functionele takenpakket weliswaar zekere begrenzingen gelden, maar dat er binnen deze bandbreedtes veel mogelijk is.

23) Zie HR 10 april 2009, nr. 43.747, ECLI:NL:HR:2009:BC3691, HR 24 april 2009, nr. 07/12961, ECLI:NL:HR:2009:BI1943, HR 4 april 2014, nr. 12/02475, ECLI:NL:HR:2014:777Rb. Midden-Nederland 10 april 2014, nr. 13/2356, ECLI:NL:RBMNE:2014:1542, HR 18 april 2014, nr. 13/00469, ECLI:NL:HR:2014:938 en HR 23 mei 2014, nr. 13/02955, ECLI:NL:HR:2014:1192.

Afvalstoffenrecht

Hoofdstuk 3



Urnen van bioplastic

3.1 Samenvatting

Bij waterschappen worden steeds vaker 'grondstoffen' teruggewonnen uit afvalwater en, waar mogelijk, voor diverse toepassingen geleverd aan derden. Hierbij kan gedacht worden aan:

- struviet uit zuiveringsslib afkomstig van de zuivering van stedelijk afvalwater, voor toepassing in de landbouw
- struviet uit de bewerking van bij derden ingezamelde urine (struvietreactor) voor toepassing in de landbouw
- filtraatwater afkomstig van de zuivering van stedelijk afvalwater, als nutriëntenstroom voor afvalwaterzuiveringsinstallaties (awzi) van derden of voor toepassing in landbouw en algenfarming
- gezuiverd effluent afkomstig van de zuivering van stedelijk afvalwater, voor toepassing in de landbouw en ter aanvulling van oppervlaktewater.
- Cellulose, NEO-Alginaat, PHA-Bioplastics et cetera.

De bestaande afvalstoffenwetgeving geeft geen eenduidig antwoord op de vraag wanneer een teruggewonnen stof niet langer een afvalstof is. In de praktijk is daardoor niet altijd duidelijk of en onder welke voorwaarden deze stoffen het predicaat van afvalstof verliezen. Hierdoor ontstaat voor waterschappen onzekerheid

over de vraag of zij deze stoffen als secundaire grondstof of meststof mogen verko-
pen aan derden en welke regels daarvoor gelden (stoffen-/productregelgeving of
afvalstoffenregelgeving).

Voor de terugwinning van grondstoffen uit het zuiveringsproces van stedelijk
afvalwater en ander afvalwater bestaat het juridisch kader voor het antwoord op de
vraag of sprake is van afvalstoffen of grondstoffen uit de definitie van het begrip
afvalstoffen en de voorwaarden voor de zogenoemde einde afvalfase uit art. 6 van de
Kaderrichtlijn afvalstoffen (Kra).

Voor stedelijk afvalwater of daaruit teruggewonnen stoffen bestaan geen specifieke
Europese of nationale einde-afvalfase criteria. Het is daarom aan het waterschap
(als houder van de stof) zelf om per teruggewonnen stof te onderbouwen of er,
rekening houdend met alle concrete omstandigheden, voldaan is aan de voorwaar-
den voor einde-afvalfase uit de Kra.

Concreet betekent dit dat de volgende vragen allemaal met ‘ja’ moeten kunnen
worden beantwoord, wil een teruggewonnen stof niet langer als afvalstof worden
bestempeld:

- Heeft de teruggewonnen stof een nuttige toepassing
ondergaan en is deze nuttige toepassing voltooid?
- Is er sprake van een gebruikelijke toepassing voor specifieke doelen?
- Is er een markt voor het materiaal en is er vraag naar?
- Voldoet het materiaal aan de technische voorschriften voor de specifieke
doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen?
- Zijn ongunstige effecten van het gebruik van het materiaal op het milieu of
de menselijke gezondheid bekend en worden deze bij het gebruik vermeden?

Bij de bewijsvoering dat na een afvalverwerkingshandeling een grondstof is ont-
staan kan het waterschap gebruik maken van de Webtoets ‘Afval of Grondstof?’ die
namens het ministerie van IenM wordt beheerd door Rijkswaterstaat. In aanvulling
daarop kan het waterschap vragen om een (bestuurlijk) rechtsoordeel van de staats-
secretaris van IenM. Een verzoek hiertoe moet via de Webtoets elektronisch worden
ingediend. Het waterschap kan een rechtsoordeel desgewenst inbrengen in het (voor)
overleg met het betrokken bevoegde gezag in het kader van de vergunningverlening.

Wanneer een teruggewonnen stof geen afvalstof meer is, is de afvalstoffenregel-
geving niet meer van toepassing. Dit betekent niet dat er geen regels meer van
toepassing zijn. Afhankelijk van aard en samenstelling van de teruggewonnen stof,
kunnen ook bepaalde (registratie)verplichtingen uit de Europese REACH-verorde-
ning²⁴⁾ van toepassing zijn of andere stoffen- en/of productregelgeving.

24) De Europese verordening betreffende de Registratie, Evaluatie en
Autorisatie van Chemische stoffen ((EG) 1907/2006).

3.2 Inleiding²⁵⁾

De STOWA heeft in 2013 onderzoek gedaan naar de haalbaarheid van een ‘Grond-
stoffen rwzi’.²⁶⁾ Uit dit onderzoek blijkt dat, in ieder geval technisch gezien, een aan-
tal stoffen in beginsel potentie hebben om te worden teruggewonnen uit stedelijk
afvalwater en om deze als grondstoffen te vermarkten.

Het afvalwater dat het waterschap op de locatie van de rwzi ontvangt is juridisch
gezien een afvalstof.²⁷⁾ De kern van de vraag is daarmee wanneer de uit stedelijk
afvalwater teruggewonnen stoffen geen afvalstof meer zijn, maar grondstoffen.

De bestaande afvalstoffen- en meststoffenregelgeving geven geen eenduidig ant-
woord op deze vraag. In de praktijk is daardoor niet altijd duidelijk of en onder
welke voorwaarden deze stoffen het predicaat van afvalstof verliezen. Hierdoor ont-
staat voor waterschappen onzekerheid over de vraag of zij deze stoffen als secundaire
grondstof of meststof mogen verkopen aan derden. Voor afvalstoffen en grondstof-
fen gelden immers verschillende wettelijke regels (stoffen-/productregelgeving of
afvalstoffenregelgeving). Het onderscheid afvalstof versus grondstof heeft vaak ook
gevolgen voor de marktwaaarde van de betreffende stof en de betrokken ontwikkeling
(of belemmering) van de markt voor secundaire grondstoffen.

In dit hoofdstuk wordt een aantal in de praktijk gehanteerde behandelingen van
afvalwaterstromen gezien vanuit het perspectief van de bestaande afvalstoffen-
wetgeving. Concreet gaat het om de terugwinning van struviet²⁸⁾ uit zuiveringsslib
respectievelijk uit bij derden ingezamelde urine, filtraatwater en gezuiverd effluent.
Het doel is om te bepalen of en onder welke voorwaarden waterschappen de daaruit
voortkomende waardevolle stoffen aan derden kunnen leveren als secundaire
grondstof of meststof, of dat zij deze nog steeds zullen moeten behandelen als
afvalstof.

3.3 Beschrijving van het juridische landschap

3.3.1 Beleidsontwikkelingen

Zowel in Europa als in Nederland staat de transitie naar een circulaire economie
hoog op de politieke agenda. In Nederland zijn beleidsprogramma’s zoals VANG
(Van Afval Naar Grondstof; 2014), de Visie Biomassa, het programma Ruimte in
Regels en de Greendeals belangrijke aanjagers van de transitie.

Het kabinet heeft in september 2016 het Rijksbrede programma Circulaire Econo-
mie: ‘Nederland circulair in 2050’ aan de Tweede Kamer gestuurd. Het kabinet heeft

25) Met dank aan mr. D.A.B. Klein Lenderink (Royal HaskoningDHV Nederland
B.V.) voor diens medewerking en commentaar op dit hoofdstuk.
26) STOWA rapport 2013-31: Verkenning mogelijkheden ‘Grondstof-rwzi’. Het gaat om algi-naat,
cellulose, fosfaat en stikstof, CZV als brandstof of als bouwsteen (PHA) voor bioplastics en CO₂.
27) In de praktijk blijkt soms onduidelijkheid te bestaan over de vraag of het begrip afvalwater
onder het begrip afvalstof valt en of de jurisprudentie over het afvalstoffenbegrip en einde-
afvalfase op afvalwater van toepassing is. Dit vindt zijn oorsprong in de uitsluitingen uit art. 2
Kra. Hier volstaat op te merken dat bij het brengen van restwater afkomstig van huishoudens
en bedrijven en van afvloeiend hemel- en grondwater in de openbare gemeentelijke
riolering, altijd sprake is van afvalwater en dus van een afvalstof in de zin van de Wm.
28) Zie ook de Factsheet Struviet: https://www.efgf.nl/uploads/editor/Struviet_en_de_wet.pdf

ter uitvoering van dit programma onder meer met maatschappelijke partners een grondstoffenakkoord gesloten.²⁹⁾ Het grondstoffenakkoord wordt met de relevante bedrijven en maatschappelijke partijen per prioriteit³⁰⁾ nader uitgewerkt in een transitieagenda.³¹⁾

Het Rijksbrede programma zet de lijn van het programma Ruimte in regels voor groene groei voort om te komen tot wet- en regelgeving die de circulaire economie stimuleert in plaats van belemmert. Eén van de acties in dat verband is het verduidelijken van de begrippen afvalstof, bijproduct en einde-afvalstatus om de (rechts) onzekerheid voor bedrijven en andere initiatiefnemers die in de markt van recycling en hergebruik opereren, weg te nemen.³²⁾

In maart 2017 hebben de provincies, gemeenten en waterschappen een gezamenlijke investeringsagenda gepubliceerd waarin zij het nieuwe kabinet oproepen mee te investeren in hun bijdragen voor de Energietransitie, Klimaatadaptatie en Circulaire economie. Ook in deze agenda wordt aan het Rijk gevraagd knelpunten in wet- en regelgeving weg te nemen, waaronder die met betrekking tot de einde-afvalfase van uit afvalwater teruggewonnen grondstoffen:

De waterschappen hebben in de afgelopen jaren verschillende voorbeeldcases uitgewerkt die aanknopingspunten bieden voor aanpassingen van de afvalstoffenregelgeving en/of de toepassing daarvan.

In 2015 heeft de Europese Commissie het actieplan ‘Maak de cirkel rond - Een EU-actieplan voor de circulaire economie’ voorgesteld. Op basis van dit actieplan moet de overgang naar een circulaire economie bevorderd worden. Het Europees parlement heeft medio maart 2017 met een grote meerderheid ingestemd met een beoogd nieuw wetgevingspakket. Relevante maatregelen die worden genomen, zijn onder andere een herziene meststoffenverordening voor onder andere de erkenning van biologische en afvalgebaseerde meststoffen, maatregelen over het hergebruik van water en een strategie voor plastic binnen de circulaire economie.

3.3.2 Wet- en regelgeving

Voor de terugwinning van grondstoffen uit stedelijk afvalwater en ander afvalwater door de waterschappen zijn diverse Europese en nationale regelingen van belang. Kort samengevat bevat deze wet- en regelgeving regels voor het op een milieuvriendelijke wijze omgaan met en verwerking van afvalstoffen, regels en criteria om te kunnen bepalen wanneer een stof een afvalstof is en wanneer het dit karakter verliest en regels voor het registreren en verhandelen van uit afvalstoffen teruggewonnen stoffen, waaronder meststoffen en diervoeders.

Concreet gaat het om de volgende wet- en regelgeving:

Wetgeving op Europees niveau:

- Europese kaderrichtlijn afvalstoffen (2008/98/EG) (kaderrichtlijn afvalstoffen).
- REACH-verordening (1907/2006) (REACH).
- Meststoffenverordening (2003/2003/EG).

Wetgeving op nationaal niveau:

- Hoofdstuk 10 Wet milieubeheer (Wm) en daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving.
- Activiteitenbesluit.
- Meststoffenwet en daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving.

3.4 Jurisprudentie

Het begrip afvalstoffen, zoals in navolging van de kaderrichtlijn afvalstoffen gedefinieerd is in de Wet milieubeheer (Wm; art. 1.1), geeft in de praktijk vaak onvoldoende houvast om in een concreet geval zonder meer te kunnen bepalen of een stof of product al dan niet (meer) een afvalstof is. Europese en nationale jurisprudentie hebben nadere invulling gegeven aan het afvalstoffenbegrip en ook aan de vraag wanneer een afvalstof, na het ondergaan van een (voltooide) handeling voor nuttige toepassing, de status van afvalstof verliest. De belangrijkste richtinggevende uitspraken worden hieronder kort weergegeven. Deze uitspraken zijn nog steeds actueel voor de toepassing in de praktijk.

Relevante uitspraken Europees Hof van Justitie

HvJEG 15 juni 2000, C-418/97 en C-419/97 (ARCO Chemie), HvJEG 19 juni 2003, C-444/00 (Mayer Parry Recycling), HvJEG 11 november 2004 (Niselli), nr. C457/02. Volgens het Europees Hof moet het afvalstoffenbegrip ruim worden uitgelegd. Tegen deze achtergrond hanteerde het hof in genoemde drie arresten een zeer strenge norm voor de vraag wanneer er sprake is van een ‘voltooide’ nuttige toepassing en dus niet langer van een afvalstof. Het gevolg van deze jurisprudentie is dat een reststof (zoals metaalschroot) die dezelfde eigenschappen en kenmerken heeft als een primaire grondstof door de houder niet als een secundaire grondstof verkocht kan worden aan een derde, omdat de reststof pas door de verwerking in een product bij die derde (bijvoorbeeld een rol staal) het stempel van afvalstof verliest. Bij de overdracht van de houder aan een derde moet daardoor aan alle ‘verzwarende’ verplichtingen uit de afvalstoffenwetgeving worden voldaan.

HvJEG 7 maart 2013, nr. C-358/11

De Europese rechter geeft in dit arrest aan dat binnen de randvoorwaarden van de kaderrichtlijn afvalstoffen op nationaal niveau bepaald kan worden onder welke omstandigheden een reststof de status einde-afvalstof krijgt.

Begrip afvalstoffen

Voltooide nuttige toepassing

Status einde-afvalstof

29) Grondstoffenakkoord, Intentieovereenkomst om te komen tot transitieagenda's voor de Circulaire Economie, zie: <https://www.circulaireeconomienederland.nl/grondstoffenakkoord/default.aspx>.
30) Er zijn vijf prioriteiten benoemd: Biomassa en voedsel, Maakindustrie, Kunststoffen, Bouw en Consumptiegoederen.
31) Brief van de staatssecretaris van I&M en de minister van EZ bij het Rijksbrede programma Circulaire Economie: «Nederland circulair in 2050», *Kamerstukken II* 2015/16, 32 852, nr. 33, p. 1.
32) Voornoemde brief, p. 9.

Relevante uitspraken nationale rechter

ABRvS 12 juni 2002, AB 2002/246 (houtsnippers) en ABRvS 3 april 2002 (energiepellets), AB 2002, 2002/245.

In deze uitspraken heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State al een genuanceerder standpunt ingenomen ten opzichte van de Europese jurisprudentie in de zaken ARCO Chemie, Mayer Parry en Niselli. Een reststof die, eventueel na bewerking, geschikt is om direct te worden ingezet in een productieproces en gelijkwaardig is aan een primaire grondstof, is volgens de Afdeling niet langer een afvalstof. Concreet betekent dit dat de afvalstoffenwetgeving niet van toepassing is bij levering van de betrokken reststof aan derden.

ABRvS 29 augustus 2012, LJN BX5995, M en R 2012/152.

In deze uitspraak geeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, op basis van de randvoorwaarden van de kaderrichtlijn afvalstoffen, de omstandigheden aan waaronder een reststof niet langer als afvalstof bestempeld wordt. Dit is het geval wanneer na bewerking van een afvalstof een grondstof ontstaat, die op de reguliere markt wordt aangeboden en tegen een commerciële prijs wordt verkocht, en zonder nadere bewerking en zonder nadelige gevolgen voor het milieu kan worden toegepast in een productieproces.

ABRvS 19-11-2014, ECLI:NL:RVS:2014:4130 (fluxolie), JM 2015/1.³³⁾

In deze uitspraak oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat de fluxolie die ontstaat na bewerking van ontwaterde boor-, snij-, en walsolie (bssw-olie) geen afvalstof meer is.

Bovenstaande uitspraken zijn richtinggevend voor het antwoord op de vraag of een stof of product al dan niet (meer) een afvalstof is.

3.5 Handreiking afvalstoffenwetgeving in relatie tot de terugwinning van grondstoffen

3.5.1 Analyse van de mogelijkheden

Bij waterschappen worden diverse ‘grondstoffen’ teruggewonnen en voor diverse toepassingen geleverd aan derden, hierbij kan gedacht worden aan:

- a) struviet³⁴⁾ uit zuiveringsslib voor toepassing in de landbouw
- b) struviet uit bij derden ingezamelde urine (struvietreactor) voor toepassing in de landbouw
- c) filtraatwater als nutriëntenstroom voor afvalwaterzuiveringsinstallaties (awzi) van derden of voor toepassing in landbouw en algenfarming
- d) gezuiverd effluent voor toepassing in de landbouw en ter aanvulling van oppervlaktewater.

Zijn deze activiteiten binnen de inrichting van een rwzi toegestaan en zo ja, onder welke voorwaarden?

33) Zie ook ABRvS 19-11-2014, ECLI:NL:2014:4149, JM 2015 nr. 2 (North Refinery). Hier betreft het afgewerkte-olie i.p.v. bssw-olie.
34) In samenwerking met de Energie en Grondstoffenfabriek worden de mogelijkheden voor certificering van struviet nagegaan en bekeken in hoeverre het opschonen in de praktijk uitgevoerd kan worden. Zie ook ‘Struviet en struviethoudende producten uit communaal afvalwater’, STOWA 2016-12.

Melding en/of omgevingsvergunning

Een rwzi in beheer bij een waterschap is bestemd om stedelijk afvalwater te zuiveren dat op het openbaar vuilwaterriool is gebracht. Afhankelijk van welke activiteiten er binnen een rwzi plaatsvinden, beschikt een bestaande rwzi over een omgevingsvergunning milieu (Wabo) en/of valt deze onder specifieke regels uit het Activiteitenbesluit.³⁵⁾

Wanneer binnen een rwzi nieuwe activiteiten worden verricht met het oog op het terugwinnen van grondstoffen uit stedelijk afvalwater of bij derden ingezamelde urine, is er sprake van het veranderen van de werking van een rwzi. Dit is in ieder geval meldingsplichtig op grond van art. 1.10 Activiteitenbesluit. Voor zover een activiteit tot terugwinning van grondstoffen binnen een rwzi niet behoort tot het normale zuiveringsproces van stedelijk afvalwater (waterlijn, slibindikking en slibontwatering), zoals bij slibvergisting het geval is, is daarvoor een omgevingsvergunning milieu vereist. Gelet op het voorgaande vallen de activiteiten gericht op het terugwinnen van struviet uit zuiveringsslib (a) en struviet uit urine (b) niet onder het reguliere zuiveringsproces. De rwzi zal voor deze activiteiten moeten beschikken over een omgevingsvergunning milieu.³⁶⁾ Voor de activiteiten onder c), en d) kan, aangezien deze tot het zuiveringsproces gerekend mogen worden, worden volstaan met een melding.

Let wel, wanneer het waterschap niet alleen stedelijk afvalwater ontvangt via het rioolstelsel maar ook zelf van buiten de inrichting afkomstige afvalstoffen inzamelt, zoals urine, dan treedt het waterschap op als inzamelaar van afvalstoffen. Hiervoor gelden specifieke verplichtingen. Zo is een inzamelaar van afvalstoffen verplicht om zich te laten registreren op een speciale lijst, de VIHB-lijst (“Vervoerders, Inzamelaars, Handelaars en Bemiddelaars van afvalstoffen”-lijst), beheerd door het NIWO.³⁷⁾ Om voor registratie in aanmerking te komen, moet een inzamelaar aan bepaalde voorwaarden voldoen op het terrein van vakbekwaamheid en betrouwbaarheid.

Kwalificatie van de activiteiten a) t/m d) in afvalstoffenrechtelijke zin

Het afvalwater dat het waterschap op de locatie van de rwzi ontvangt is een afvalstof Het stedelijk afvalwater is bij ontvangst op de locatie van de rwzi een afvalstof (zie Inleiding, noot 25). Dit geldt ook voor de urine die waterschappen bij derden (laten) inzamelen.

35) Voor zover een rwzi uitsluitend stedelijk afvalwater zuivert, dat via het gemeentelijk rioolstelsel wordt aangevoerd, is geen omgevingsvergunning milieu nodig. Hetzelfde geldt voor het aanvoeren per as van kleine hoeveelheden (tot 50 of 75 ton per dag) van buiten de inrichting afkomstig afvalwater en andere natte afvalstoffen (zuiveringsslib en baggerspecie). In deze gevallen is het Activiteitenbesluit van toepassing (“Behandeling van stedelijk afvalwater”) op de hele waterlijn en een gedeelte van de sliblijn (slibindikking en mechanische slibontwatering) van het zuiveringsproces van de rwzi. Boven de aangegeven hoeveelheden aanvoer per as wordt een rwzi aangemerkt als een IPPC-installatie op grond van categorie 5.3 van bijlage 1 van de Richtlijn industriële emissies. Een dergelijke installatie is omgevingsvergunningplichtig op grond van art. 2.1, lid 2, van het Bor. Zie https://www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/activiteitenbesluit/toelichting-bor/onderdeel-inrichting/vergunningplicht-1/bijlage-bor/wanneer-rwzi/

36) Voor de terugwinning van struviet uit urine is dit echter niet nodig wanneer de hoeveelheid per as aangevoerde urine beneden de 75 ton per dag blijft en deze bestemd is voor nuttige toepassing (geen IPPC-installatie). De verandering van de werking van de rwzi (uitbreiding met struvietreactor) moet het waterschap dan alleen melden op grond van het Activiteitenbesluit. Omdat het gaat om het verwerken van afvalstoffen van buiten de inrichting, moeten bij deze melding bepaalde aanvullende gegevens worden verstrekt over de afvalstoffen. Ook moet bij de melding een beschrijving worden gevoegd van de procedures van acceptatie en controle binnen de inrichting van de rwzi van de ontvangen afvalstoffen (art. 1.16 Activiteitenbesluit).

37) NIWO: Stichting Nationaal en Internationaal Wegvervoer Organisatie, Rijswijk.

Meldingsplichtig

Omgevingsvergunning

De bewerking van het afvalwater op de locatie van de rwzi is een handeling ter nuttige toepassing

De behandelingen die worden toegepast om de vier hiervoor genoemde ‘grondstoffen’ terug te winnen, zijn gericht op het opnieuw kunnen gebruiken van economisch waardevolle stoffen uit afvalstoffen (stedelijk afvalwater en bij derden ingezamelde urine).³⁸⁾ Deze handelingen zijn in afvalstoffenrechtelijke zin “handelingen ter nuttige toepassing van afvalstoffen”.³⁹⁾

Voor een waterschap is het van belang om precies te weten wat het resultaat is van deze nuttige toepassingshandelingen: mag de nuttige toepassingshandeling binnen de inrichting van de rwzi als “voltooid” worden beschouwd? En is de einde-afvalfase bereikt waardoor een grondstof is ontstaan die verkocht kan worden aan derden zoals iedere andere primaire grondstof? Of is nog niet voldaan aan alle voorwaarden voor de einde-afvalfase? En is nog steeds sprake van een afvalstof die alleen onder het voldoen aan de vergunning-, meldings- en registratieverplichtingen van de afvalstoffenwetgeving aan derden mag worden geleverd?

Hieronder wordt ingegaan op de vraag hoe een waterschap dit nader kan onderzoeken.

Hoe kan worden vastgesteld of de einde-afvalfase is bereikt?

Artikel 1.1, lid 6, Wm verwijst naar de regeling van de zogenoemde ‘einde-afvalfase’ in artikel 6 van de Kra. In artikel 6 van de Kra⁴⁰⁾ is bepaald dat afvalstoffen⁴¹⁾ de einde-afvalfase hebben bereikt, wanneer zij na een behandeling voor nuttige toepassing voldoen aan de volgende voorwaarden:

- a) de stof of het voorwerp wordt gebruikelijk toegepast voor specifieke doelen
- b) er is een markt voor of vraag naar de stof of het voorwerp
- c) de stof of het voorwerp voldoet aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen
- d) het gebruik van de stof of het voorwerp heeft over het geheel genomen geen ongunstige effecten voor het milieu of de menselijke gezondheid.

Art. 6 Kra biedt ook een bevoegdheid voor de Europese Commissie om voor specifieke afvalstoffen op Europees niveau einde de-afvalcriteria vast te stellen. Voor stedelijk afvalwater of daaruit teruggewonnen stoffen zijn geen Europese einde-afvalfase criteria vastgesteld. In dat geval kunnen de lidstaten (bevoegd gezag en nationale rechter) per geval, rekening houdend met de toepasselijke rechtspraak,

38) Het zuiveringsproces bij de rwzi vormt geen regulier productieproces, waardoor er geen sprake kan zijn van bijproducten (grondstof) in de zin van art. 5 KRA. Hierna wordt dan ook alleen ingegaan op het juridisch kader voor einde-afvalfase (art. 6 KRA).
39) Zie definitie art. 1.1, lid 1, Wm. Het gaat daarbij om handelingen zoals genoemd in bijlage II van de Kaderrichtlijn afvalstoffen.
40) Het op 2 december 2015 gelanceerde beleidspakket van de Europese Commissie ter bevordering van de circulaire economie bevat een voorstel tot aanpassing van de art.5 en 6 Kra. De strekking is harmonisatie en versimpeling van beide bepalingen. Uit het Nederlandse standpunt ten aanzien van het beleidspakket blijkt dat deze aanpassingen niet de door de Nederlandse regering voorgestelde verduidelijking van het afvalstoffenbegrip voor de praktijk biedt en de belemmeringen voor de praktijk in Nederland onvoldoende wegnemen (zie TK 2015/16, 34 395, nr. 2, p. 12). Om die reden wordt op deze wijzigingen hier niet dieper ingegaan.
41) De term specifieke afvalstoffen is gewijzigd in de meer algemenere term afvalstoffen. Reden is dat de vereiste nuancering van ‘specifieke afvalstoffen’, pas bij het definitief worden van LAP3 gegeven kan worden.

beslissen of een bepaalde afvalstof niet langer een afvalstof is. In het derde Landelijk afvalbeheerplan (LAP3 zullen deze voorwaarden nog nader verduidelijkt worden.⁴²⁾

Webtoets en rechtsoordelen

Het waterschap zal de beoordeling of sprake is van de einde-afvalfase per teruggewonnen stof op basis van alle concrete omstandigheden eerst zelf moeten onderbouwen.
Het waterschap kan daarbij gebruik maken van de Webtoets ‘Afval of Grondstof’. RWS Leefomgeving biedt de mogelijkheid om via deze internet-tool voor een specifiek materiaal meer duidelijkheid te krijgen over de juridische status daarvan.

In aanvulling daarop kan een waterschap via deze internet-tool vragen om een (bestuurlijk) rechtsoordeel van de staatssecretaris van I&M. Een verzoek wordt beoordeeld tegen de achtergrond van de geldende Europese- en nationale regelgeving, van het hierop gebaseerde beleid en de geldende Europese en nationale jurisprudentie.⁴³⁾

Het oordeel is primair informatief bedoeld en is in beginsel geen besluit in de zin van de Awb⁴⁴⁾ en tegen het oordeel als zodanig kan dan ook geen beroep worden ingesteld bij de rechter. In jurisprudentie is echter een aantal oordelen van een bestuursorgaan door de rechter wel als besluit geduid en mede de casuïstiek lijkt voor de rechter de doorslag te geven⁴⁵⁾.

Wanneer het waterschap een rechtsoordeel van de staatssecretaris van I&M zou vragen over de status van een teruggewonnen grondstof kan het de uitkomst daarvan desgewenst inbrengen in het overleg met het betrokken bevoegd gezag (in het kader van vergunningverlening of maatwerkvoorschrift voor de inrichting van de rwzi).

Er zijn tot op heden zeven rechtsoordelen gepubliceerd op de website van RWS Leefomgeving.⁴⁶⁾ Twee betreffen een einde-afvalstatus, de overige vijf betreffen de status bijproduct.

Stoffen en productregelgeving

Wanneer de afvalstoffenregelgeving niet meer van toepassing is kunnen, afhankelijk van aard en samenstelling van de teruggewonnen stof, bepaalde (registratie)verplichtingen uit de Europese REACH-verordening en/of andere stoffen- of productregelgeving van toepassing zijn, bijvoorbeeld CE-keurmerk, KOMO, GMP.⁴⁷⁾ REACH geldt voor elk bedrijf dat in de Europese Unie chemische stoffen, preparaten en/of voorwerpen met chemische stoffen produceert, importeert, distribueert of gebruikt. Deze verordening, die niet van toepassing is op afvalstoffen, is in beginsel wel van

42) Zie consultatieversie LAP3, paragraaf B.6.3.
43) Zie standaardoverweging in de gepubliceerde rechtsoordelen:
<http://www.rwsleefomgeving.nl/onderwerpen/afval/afval-of-niet/toetsing-afval/>
44) Zie bijv. ABRvS 18-04-2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8384. Het opschrijven van een bestuursorgaan van zijn visie op de gevolgen van rechtsregels voor een bepaalde situatie (een rechtsoordeel) roept geen rechtsgevolgen in het leven en houdt dus geen rechtshandeling in. Dit is alleen anders als, ondanks het ontbreken van een rechtsgevolg, als het voor betrokkenen onevenredig bezwarend is om het geschil over de interpretatie van de rechtsregels via een beroepsprocedure over een daadwerkelijk besluit te beslechten.
45) Zie onder meer ECLI:NL:RVS:2014:1157, AB 2014/235.
46) <http://www.rwsleefomgeving.nl/onderwerpen/afval/afval-of-niet/toetsing-afval/>
47) De Europese verordening betreffende de Registratie, Evaluatie en Autorisatie van Chemische stoffen (IEG) 1907/2006). Met de invoering van REACH moeten ondernemingen op basis van informatie over eigenschappen, gebruik en blootstelling, de risico's van chemische stoffen in kaart brengen en zo nodig zelf veiligheidsmaatregelen nemen en aan hun afnemers aanbevelen.

toepassing op grondstoffen/producten die uit een afvalstroom zijn geproduceerd. Een waterschap dat een stof terugwint en op de markt brengt, wordt in het kader van REACH beschouwd als producent. Of, en zo ja aan welke (registratie)verplichtingen een waterschap op grond van deze verordening moet voldoen in een concreet geval, vergt nader onderzoek.⁴⁸⁾

3.4.2 Schematische weergave

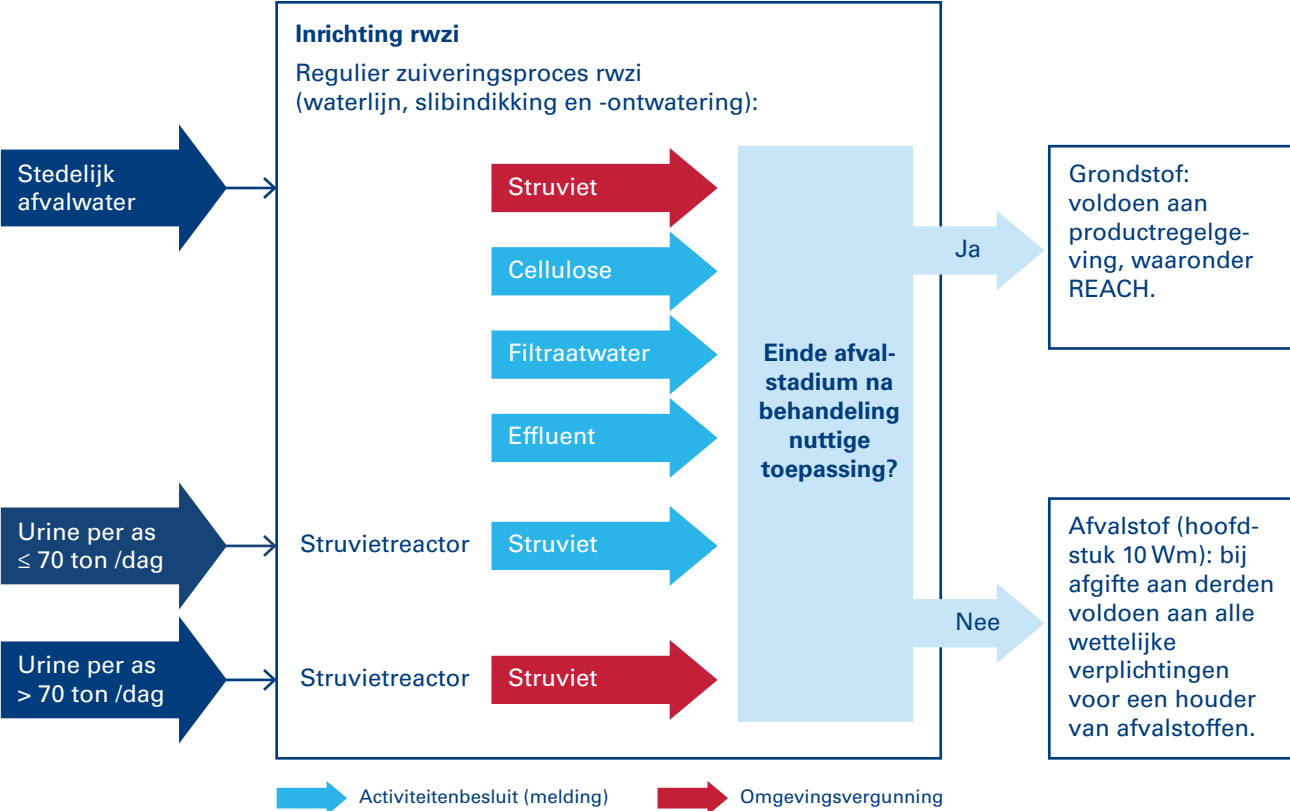
In het schema op de volgende pagina is aangegeven welke afval(water)stromen de inrichting van de rwzi binnenkomen en in welke hoeveelheden. Vervolgens is voor enkele grondstoffen aangegeven welke ‘grondstof’ uit de behandeling voor nuttige toepassing binnen de inrichting in het kader van het zuiveringsproces kunnen worden teruggewonnen. De kleuren van de pijl geven aan of voor de betreffende behandeling voor nuttige toepassing een omgevingsvergunning nodig is of met een melding kan worden volstaan. Vervolgens moet het waterschap per teruggewonnen stof beoordelen of de einde-afvalfase is bereikt of niet. Hier moeten alle omstandigheden van het concrete geval bij worden betrokken. De Webtoets ‘Afval of Grondstof’, het toekomstige LAP3 en de relevante jurisprudentie bieden hiervoor het beoordelingskader.

3.6 Uitdagingen en mogelijke oplossingen

- Het waterschap zal in eerste instantie zelf moeten beoordelen of voor een specifieke teruggewonnen stof sprake is van einde-afvalfase. De onderbouwing dat er sprake is van een reguliere markt (vraag), een prijs en het ontbreken van duidelijke criteria waaraan de teruggewonnen grondstoffen moeten voldoen, maakt dit lastig. Het opstellen van duidelijke productcriteria door de waterschappen, in samenwerking met het ministerie van IenM, bevoegd gezag voor de rwzi en bestaande en toekomstige afnemers, en een duidelijke marketingstrategie zouden hier uitkomst moeten bieden. Informeel overleg met de betrokken partijen zou mogelijk ook uitkomst kunnen bieden.
- Met name de vierde voorwaarde van de einde-afvalfase (risico’s voor milieu en menselijke gezondheid) blijkt in de praktijk onduidelijkheid te geven en lastig om te onderbouwen.⁴⁹⁾ Verwacht lijkt te mogen worden dat het LAP3 daarin verduidelijking zal brengen.
- Een eigen onderbouwing van de einde-afvalfase door het waterschap biedt nooit volledige zekerheid dat bevoegde instanties of de rechter de status van de betrokken stof hetzelfde beoordelen. Het vragen van een rechtsoordeel kan, hoewel niet voor 100%, wel meer zekerheid bieden
- Het waterschap kan ook een handhavingsactie ‘uitlokken’ en daarmee zekerheid krijgen of de teruggewonnen stof de einde-afval fase heeft bereikt (of niet). ⁵⁰⁾

48) Nader onderzoek naar de toepasselijkheid van REACH gaat het bestek van deze handreiking te buiten.
49) Zie A. Tubbing, ‘Afvalstof of Grondstof’, *Dier & Milieu*, 2015, nr. 3, p. 21-22.
50) Er is dan wel risico op (imago)schade voor het waterschap, omdat het waterschap mogelijk wettelijke verplichtingen op het gebied van afvalstoffen niet nakomt.

Schema afvalstoffenwetgeving



3.7 Risicoanalyse

- Een verkeerde inschatting van de vraag of een teruggewonnen ‘grondstof’ geen afvalstof meer is, kan tot gevolg hebben dat het waterschap bepaalde verplichtingen op grond van hoofdstuk 10 Wm (afvalstoffen) onbedoeld niet nakomt. Dit brengt het risico van handhavingsacties met zich mee, met imagoschade voor het waterschap tot gevolg.
 - Vaststelling aan de hand van de Nederlandse criteria (bestuursorganen en rechter) dat een bepaalde stof niet langer een afvalstof is, herbergt bij verhandeling aan het buitenland het risico in zich dat er daar anders geoordeeld wordt (wel afvalstof). Dit kan tot gevolg hebben dat de betrokken grondstof daar niet verhandeld mag worden of slechts onder een strenger regime voor afvalstoffen (Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA)).
- Het vragen van een (rechts)oordeel over de afvalstatus brengt geen volledige juridische zekerheid; in beginsel is er geen sprake van een besluit waartegen bezwaar kan worden gemaakt, maar soms wordt door de rechter geoordeeld dat het wel om een besluit gaat. Het aanvragen van een (rechts)oordeel geeft geen volledige zekerheid en is een langdurig proces.

Verhandeling aan het buitenland

3.8 Checklist

Aan de hand van de Webtoets 'Afval of Grondstof' moeten de volgende vragen met 'ja' worden beantwoord, wil een door een waterschap teruggewonnen stof niet langer als afvalstof worden bestempeld:

- Heeft de teruggewonnen stof een nuttige toepassing ondergaan en is deze nuttige toepassing voltooid?
- Is er sprake van een gebruikelijke toepassing voor specifieke doelen?
- Is er een markt voor het materiaal en is er vraag naar?
- Voldoet het materiaal aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen?
- Zijn ongunstige effecten van het gebruik van het materiaal op het milieu of de menselijke gezondheid bekend en worden deze bij het gebruik vermeden?

Zonnepanelen op Werkplaats Leek
Noorderzijlvest
Foto: Klaas Vleems NZV



Aanbestedingswet- en regelgeving

Hoofdstuk 4



Opvangtank in de kelder/
parkeergarage van AFAS Live,
fosfaatwinning uit afvalwater

4.1 Samenvatting

Aanbestedingswet- en regelgeving is in principe van toepassing op alle uitbestedingen van bijvoorbeeld leveringen, diensten en/of werken van het waterschap die een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben of boven de Europese aanbestedingsdrempels uitkomen. Voor uitbestedingen die geen grensoverschrijdend belang hebben of onder de Europese drempels liggen, geldt dan het interne aanbestedingsbeleid van een waterschap.

Het maakt niet uit of een opdracht wordt uitbesteed aan een private onderneming, een overheidsbedrijf of een andere overheid, zoals een ander waterschap of een gemeente. Indien aanbestedingswet- en regelgeving niet (op de juiste manier) wordt toegepast, biedt deze wetgeving aanbidders op de markt relatief eenvoudige ingangen om hierover juridische procedures te starten jegens het waterschap.

Om zo veel mogelijk te voorkomen dat een waterschap in juridische procedures terechtkomt, is in dit hoofdstuk opgenomen waarmee rekening moet worden gehouden bij het uitbesteden van opdrachten. Voorts hoeft het aanbestedingsrecht niet altijd een belemmering op te leveren voor samenwerking. Een aantal uitzonderingen maakt het mogelijk om een samenwerkingspartner te kiezen, zonder voorafgaande (Europese) aanbestedingsprocedure. Het is wel belangrijk rekening te houden met de criteria die bij iedere situatie weer opnieuw getoetst moeten worden.

Grensoverschrijdend belang

Europese wet- en regelgeving

4.2 Beschrijving van het juridische landschap

Het juridische landschap met betrekking tot aanbestedingen wordt beheerst door het Europese recht, waarvan de nationale wet- en regelgeving is afgeleid. De aanbestedingsregelgeving is op Europees niveau georganiseerd om zo alle ondernemingen in de Europese Unie de mogelijkheid te geven in te schrijven op overheidsopdrachten van aanbestedende diensten, zoals waterschappen. De onlangs gewijzigde Aanbestedingswet is per 1 juli 2016 in werking getreden. Op basis van de gewijzigde Aanbestedingswet kan gekozen worden voor meer flexibele aanbestedingsprocedures (bijvoorbeeld de onderhandelingsprocedure met bekendmaking en de concurrentie-gerichte dialoog) dan de standaard openbare en niet openbare procedures.

In principe geldt de Europese regelgeving slechts voor overheidsopdrachten met een grensoverschrijdend belang: wanneer een opdracht belangrijk/groot genoeg is om aantrekkelijk te zijn voor buitenlandse ondernemingen. In de richtlijnen worden echter financiële drempels neergelegd, waarboven ervan wordt uitgegaan dat er een grensoverschrijdend belang bestaat en een overheidsopdracht door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de markt moet worden gezet. Voor diensten en leveringen van de waterschappen van meer dan € 209.000 gelden de procedures in de Europese richtlijnen. Opdrachten voor werken moeten Europees worden aanbesteed vanaf € 5.225.000.⁵¹⁾

4.2.1 Wet- en regelgeving

Europese wetgeving

De nationale wet- en regelgeving met betrekking tot het aanbestedingsrecht is afgeleid van de Europese wet- en regelgeving. Voornamelijk gaat het dan om de volgende documenten:

- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.⁵²⁾
- In maart 2014 zijn herziene Europese aanbestedingsrichtlijnen tot stand gekomen voor de klassieke sectoren (2014/24/EU) en de speciale sectoren (2014/25/EU) en heeft een nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn voor concessieovereenkomsten (2014/23/EU) het licht gezien. De Wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU implementeert deze herziene Europese regelgeving.

Op basis van het verdrag en de richtlijnen is veel jurisprudentie ontwikkeld door het Hof van Justitie van de Europese Unie. Deze jurisprudentie heeft het rechtsgebied van het aanbesteden behoorlijk aangevuld en geleid tot codificatie. Het is dus van belang om ook de jurisprudentie te betrekken bij afwegingen in het aanbestedingsrecht.

51) Deze drempelbedragen worden iedere twee jaar aangepast. De genoemde bedragen zijn vastgesteld voor de periode 2016-2017.

52) PB C 326 26/10/2012, p. 47.

Nationale wetgeving

De Europese wetgeving is in Nederland vertaald in de Aanbestedingswet 2012 die laatstelijk gewijzigd is en per 1 juli 2016 in werking is getreden. De Aanbestedingswet verklaart de *Gids Proportionaliteit*⁵³⁾ van toepassing op alle aanbestedingen (onder en boven de Europese drempel). In deze Gids zijn voorschriften ontwikkeld, waarvan alleen gemotiveerd van afgeweken mag worden. Het gaat bijvoorbeeld om proportionaliteit in het clusteren van opdrachten, het verdelen van opdrachten in percelen, de keuze van de aanbestedingsprocedure, uitsluitingsgronden, et cetera.

Op welke entiteiten is de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing?

Een waterschap is een aanbestedende dienst en dient zich zodoende te houden aan de aanbestedingswet- en regelgeving.

Naast de ‘gewone’ overheidsinstanties, zoals het Rijk, de waterschappen, provincies en gemeenten, worden ook zogenaamde ‘publiekrechtelijk instellingen’ aangemerkt als aanbestedende dienst. Een entiteit wordt betiteld als publiekrechtelijke instelling, indien sprake is van een instelling die: (1) specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die (2) rechtspersoonlijkheid bezit en (3) waarvan:

- a) de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
- b) het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
- c) de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

Toelichting: Als aan (1) en (2) en aan één van de ‘subcriteria’ bij (3) wordt voldaan, is er sprake van een publiekrechtelijke instelling. Bij onderdeel (1) gaat het veelal om de uitvoering van wettelijke taken of de doelstelling die in statuten is opgenomen. Volgens jurisprudentie gaat het om een functionele interpretatie van het begrip ‘van algemeen belang’ en zijn onder meer relevant de behoeften waarin de overheid om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien. Een functionele uitleg van ‘rechtspersoonlijkheid’ kan inhouden dat organisaties/instellingen die op basis van het Nederlandse recht geen rechtspersoonlijkheid hebben (bijvoorbeeld Vennootschap onder firma, Vof), tóch als publiekrechtelijke instelling kunnen kwalificeren.

De term publiekrechtelijke instelling is van belang, omdat een waterschap een privaatrechtelijke ‘dochter’ kan oprichten of een publieke samenwerkingsvorm aan kan gaan in de vorm van een gemeenschappelijke regeling. Deze gemeenschappelijke regeling in de vorm van bijvoorbeeld een openbaar lichaam heeft rechtspersoonlijk-

53) Eerste herziening, april 2016. De Gids is tot stand gekomen in het kader van het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet 2012 (kamerstukken II nummer 32440). Zie verder paragraaf 3 van dit hoofdstuk voor een nadere toelichting.

Gids Proportionaliteit

Aanbestedende dienst

Publiekrechtelijke instelling

heid, is vaak opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang en staat altijd onder overheidsinvloed. Kortom: een gemeenschappelijke regeling is meestal een publiekrechtelijke instelling en daarmee een aanbestedende dienst. Op dezelfde manier moeten de bovenstaande criteria op deze nieuwe rechtspersonen worden toegepast. Zijn deze nieuwe rechtspersonen publiekrechtelijke instellingen, dan is ook op deze rechtspersoon de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing.

In welke gevallen is de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing?

De Aanbestedingswet- en regelgeving is van toepassing op alle situaties waar goederen, diensten, bouwwerkzaamheden of andere op geld waardeerbare zaken worden ingekocht door middel van een overheidsopdracht. Bijvoorbeeld ten behoeve van een waterschap het realiseren van waterschapswerken als dijkversterkingen of zuiveringstechnische werken door een bedrijf. De aanbestedingswet- en regelgeving is ook van toepassing tussen twee overheidsinstanties die van elkaar inkopen. Bijvoorbeeld het waterschap dat elektriciteit geleverd krijgt van het nutsbedrijf van de gemeente.⁵⁴⁾

Overheidsopdracht

Een ‘overheidsopdracht’ is in de Aanbestedingswet gedefinieerd als ‘een overheidsopdracht voor werken, een overheidsopdracht voor leveringen, een overheidsopdracht voor diensten of een raamovereenkomst’. Een overheidsopdracht voor *diensten* is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken.

Een overheidsopdracht voor *leveringen* is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer leveranciers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op a. de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten of b. de levering van producten en die slechts zijdeling betrekking heeft op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van die levering.

Een overheidsopdracht voor *werken* is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II van richtlijn 2014/24/EU bedoelde activiteiten, b. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van een werk, of c. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk. Onder bezwarende titel’ wil steeds zeggen dat afspraken afdwingbaar zijn en dat de dienstverlener een prestatie levert en de aanbestedende dienst hiervoor een op geld waardeerbare tegenprestatie levert. Overigens is de Europese aanbestedingswet- en regelgeving uiteraard pas van toepassing wanneer de drempelbedragen worden overschreden.⁵⁵⁾

Drempelbedragen

54) Uitzonderingen hierop worden beschreven in paragraaf 4.3.1.
55) Zie paragraaf 2 van dit hoofdstuk.

Concessies

Bij concessies gaat het om het gunnen van een opdracht met betrekking tot werken of diensten. Het gaat op hoofdlijnen om een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst of werk dat het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling. Kenmerkend voor een concessie ten opzichte van een overheidsopdracht is, dat het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de diensten (of werken) geheel of voor een aanzienlijk deel wordt overgedragen aan de concessiehouder. De concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen, wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de diensten (of werken) die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend⁵⁶⁾.

Innovatiepartnerschap

In de Aanbestedingswet is de procedure van het innovatiepartnerschap gedefinieerd als de procedure waarbij alle ondernemers een verzoek tot deelneming mogen indienen naar aanleiding van een aankondiging voor een opdracht die is gericht op de ontwikkeling en aanschaf van een innovatief product of werk of een innovatieve dienst welke niet reeds op de markt beschikbaar is en waarbij door middel van onderhandelingen met een of meer van hen naar definitieve inschrijvingen wordt toegewerkt. Deze procedure⁵⁷⁾ biedt een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf de mogelijkheid een partnerschap aan te gaan met een onderneming en na een succesvolle ontwikkelfase het daaruit voortkomende product, werk of dienst direct aan te kopen. De procedure volgt op een gefaseerde manier het onderzoeken en innovatieproces en kan worden toegepast wanneer een aanbestedende dienst of speciale sectorbedrijf een behoefte heeft waarvoor op de markt nog geen bestaande oplossing beschikbaar is; het gaat hierbij om innovaties. Wel geldt de voorwaarde dat alleen tot aankoop mag worden overgaan indien de innovatieve producten, diensten of werken geleverd kunnen worden op het kwaliteits- en kostenniveau dat bij de start van het innovatiepartnerschap is afgesproken⁵⁸⁾.

4.3 Handreiking aanbestedingsrecht in relatie tot energie en grondstoffen

4.3.1 Analyse van mogelijkheden

Afwijken van de Gids Proportionaliteit

Zoals in de vorige paragraaf besproken, eist de Aanbestedingswet voor het sluiten van alle overeenkomsten dat aan bepaalde beginselen wordt voldaan. Zo dient een waterschap bij aanbestedingen altijd transparant te handelen en ondernemers altijd gelijk en op een niet-discriminerende wijze te behandelen. Daarnaast moeten de eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijvers en inschrijvingen worden gesteld proportioneel zijn.

56) Zie Tekst & Commentaar Aanbestedingswet bij artikel 1.1.
57) Artikel 2.31a en 2.31 b Aanbestedingswet.
58) Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 3, p. 6.

Met betrekking tot deze proportionaliteit is bij wet de Gids Proportionaliteit van toepassing verklaard. De voorschriften in deze Gids moeten dan ook worden gevolgd. De Aanbestedingswet bepaalt echter ook dat gemotiveerd mag worden afgeweken van deze voorschriften. Het is dus aan het waterschap als aanbestedende dienst om deze motivering goed nader uit te werken en vast te leggen⁵⁹⁾.

Quasi-inbesteden

Zoals eerder vermeld is de aanbestedingswet- en regelgeving ook van toepassing op relaties tussen overheden. Overheden kunnen dus niet zonder meer samenwerkingsafspraken maken indien daar opdrachtovereenkomsten aan zijn verbonden.

Waterschappen kunnen onder de voorwaarden van quasi-inbesteden overheidsopdrachten verlenen aan een andere ‘gelieerde’ rechtspersoon zonder aanbesteding. Deze uitzondering is ontleend aan jurisprudentie en is nu verankerd in de Aanbestedingswet⁶⁰⁾. De cumulatieve eisen zijn als volgt:

- 1) De aanbestedende dienst(en) moet(en) toezicht op de ‘gelieerde’ rechtspersoon uitoefenen zoals op zijn eigen dienst(en) (‘toezichtcriterium’);
- 2) De ‘gelieerde’ rechtspersoon voert meer dan 80% van de activiteiten uit voor de aanbestedende dienst(en) (‘merendeelcriterium’).
- 3) Er is geen directe participatie van privékapitaal in de ‘gelieerde’ rechtspersoon.

Toelichting eis 1: Bij het ‘toezichtcriterium’ geldt dat het criterium wordt ingevuld aan de hand van alle relevante omstandigheden en of van een beslissende of doorslaggevende invloed sprake is. Het waterschap is bijvoorbeeld 100% aandeelhouder van de ‘gelieerde’ rechtspersoon dat de rechtsvorm van een vennootschap heeft of is vormgegeven als een gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie waarin het waterschap deelnemer is.

Toelichting eis 2: Bij het merendeelcriterium geldt dat meer dan 80% van de activiteiten (winst) van de ‘gelieerde’ rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de aanbestedende dienst. Het merendeel percentage kan bepaald worden op basis van:

- de gemiddelde totale omzet over de drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht, of;
- een geschikte alternatieve wijze op activiteit gebaseerde maatstaf, of;
- indien de voorgaande methoden niet beschikbaar of relevant zijn vanwege datum oprichting of aanvang van bedrijfsactiviteiten, door middel van bedrijfsprognoses aan te tonen dat de berekening van de activiteit aannemelijk is.

59) Zie art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet.
60) Artikel 2.24a en 2.24b van de Aanbestedingswet.

Toelichting eis 3: Er mag geen privaat kapitaal participeren in de ‘gelieerde’ rechtspersoon, tenzij deze participatie geen beslissende invloed heeft op deze rechtspersoon. Bij een gemeenschappelijke regeling is er in het algemeen geen private kapitaalinbreng, terwijl dat bij een vennootschap (BV of NV) wel tot de mogelijkheden behoort.

Publiek-publieke samenwerking⁶¹⁾

Indien aanbestedende diensten een samenwerkingsovereenkomst sluiten, geldt er geen aanbestedingsplicht. De bijbehorende eisen zijn als volgt:

- 1) het gaat om overheidsopdrachten die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten worden gegund
- 2) de overheidsopdracht geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen,
- 3) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang
- 4) de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

Toelichting eis 1: Onder aanbestedende diensten vallen ook publiekrechtelijke instellingen.

Toelichting eis 2: Op basis van jurisprudentie gaat het om deelname van aanbestedende diensten en dat zij over en weer verplichtingen zijn aangegaan. De aanbestedende diensten moeten allen in deze samenwerking (ten minste complementaire) diensten verrichten in het kader van hun gezamenlijke doelstelling. Met deze eis wordt verhinderd dat de ene aanbestedende dienst een opdracht uitvoert en de andere aanbestedende dienst voor deze diensten slechts betaalt; deze opdrachtgever-opdrachtnemer relatie is namelijk aanbestedingsplichtig.

Toelichting eis 3: de samenwerking mag in beginsel niet gericht zijn op een activiteit die op de open markt wordt aangeboden.

Toelichting eis 4: Voor de berekening van dit percentage wordt aangesloten bij eis 2 van quasi-inbesteding.

Deze constructie zou bijvoorbeeld van toepassing kunnen zijn op het gezamenlijk uitvoeren van de waterzuivering door twee of meer waterschappen. De waterschappen verwezenlijken hiermee een gemeenschappelijke doelstelling. De overeenkomst dient dan alleen tussen waterschappen te worden gesloten, er mogen geen private

61) Wordt ook wel ‘horizontale samenwerking’ genoemd en is geregeld in artikel 2.24c van de Aanbestedingswet.

partijen worden bevoordeeld door de samenwerking. Ook geldt dat alleen doelstellingen van openbaar belang de drijfveer mogen zijn voor deze samenwerking.

Alleenrecht

Een alleenrecht is een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend en waarbij die onderneming binnen een bepaald geografisch gebied diensten mag verrichten. Voor toepassing van het alleenrecht⁶²⁾ door een waterschap gelden de volgende cumulatieve eisen:

- 1) De opdracht wordt door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten gegund;
- 2) het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen
- 3) Het alleenrecht is verenigbaar met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en is wettelijk / bestuursrechtelijk bekend gemaakt

Toelichting eis 1: Onder aanbestedende diensten vallen ook publiekrechtelijke instellingen.

Toelichting eis 2: Indien een alleenrecht wordt gevestigd dient men zich te realiseren, dat dit alleenrecht uitsluitend werkt. Opdrachten die de desbetreffende diensten betreffen, zouden dan alleen nog aan één partij kunnen worden verleend binnen een vooraf bepaald geografisch gebied. Niet mogelijk is dus het alleenrecht voor dienst ‘X’ eerst aan entiteit ‘A’ te verlenen en vervolgens te beslissen of deze activiteit door een andere entiteit ‘B’ moet worden uitgevoerd.

Toelichting eis 3: Er is geen eenduidige lijn wat verstaan dient te worden onder ‘verenigbaar met het VWEU’. Op basis van rechtspraak⁶³⁾ moet de wettelijke of bestuurlijke bepaling verenigbaar zijn met het EU-recht en moet rekening worden gehouden met Europeesrechtelijke eisen (bijvoorbeeld non-discriminatie, transparantie en objectiviteit). Verder wordt op basis van jurisprudentie⁶⁴⁾ aangenomen dat het vestigen van een alleenrecht bij verordening (door bijvoorbeeld het Algemeen Bestuur van het waterschap vastgesteld) juridisch de veiligste route is en daarmee voldoet aan de Europese richtlijnen.

Publiek-private samenwerking (PPS)

Een waterschap kan samenwerken met een marktpartij die financiële middelen en kennis kan inbrengen in de gezamenlijk op te richten onderneming. Bij het aantrekken van een marktpartij die deelneemt in die onderneming, is het aanbestedingsrecht van toepassing. Gaat deze nieuwe onderneming activiteiten verrichten die aanbesteed hadden moeten worden, dan moet de marktpartij - die gaat deelnemen in die onderneming - worden geselecteerd door middel van aanbestedingsprocedure.

62) Alleenrecht, uitsluitend / bijzonder recht zijn synoniemen voor het aanbestedingsrecht.
63) Rechtbank Noord-Nederland, 19 juni 2015, EEW Energy Waste/ Gem. Appingedam e.a., ECLI:NL:RBNNE:2015:2947.
64) Rechtbank Gelderland, 29 juli 2015 / zaaknummer 264413.

Een waterschap kan dus niet een marktpartij kiezen voor participatie aan een gezamenlijke onderneming omdat (behoudens de in dit hoofdstuk genoemde uitzonderingen) een Europese aanbestedingsprocedure hieraan vooraf moet gaan.

Build Operate Transfer-methodiek (BOT) (vergelijkbaar met DBFMO-contracten)⁶⁵⁾

Twee aanbestedende diensten kunnen ook jegens elkaar aanbestedingsplichtig zijn. Wanneer bijvoorbeeld twee waterschappen (of een waterschap en een gemeente) onderling diensten willen verlenen of zaken aan elkaar willen leveren, kan dat niet zonder rekening te houden met de aanbestedingswet- en regelgeving.

Twee waterschappen mogen ook gezamenlijk een aanbestedingsprocedure starten voor bijvoorbeeld de opwekking van energie en teruglevering van gas aan de gemeente. Door toepassing van de BOT-methodiek wordt een marktpartij aangetrokken door middel van een Europese aanbestedingsprocedure door de beide waterschappen, waarbij de marktpartij in een geïntegreerd contract verplicht wordt om bijvoorbeeld:

- 1) een installatie te ontwikkelen
- 2) die installatie winstgevend te exploiteren
- 3) energie (restwarmte) van het waterschap of de gemeente af te nemen
- 4) zorg te dragen voor de levering van gas aan de gemeente.

Bij de BOT-methode is de marktpartij als opdrachtnemer tijdens de contractperiode eigenaar van de installatie en draagt hij de daaraan verbonden risico’s. Het voordeel is dat de waterschappen weinig risico’s lopen. Bij toepassing van de DBFMO-methode is het de marktpartij die het project financiert en na afloop van de exploitatie-termijn is de marktpartij verplicht het eigendom van de installatie en de opgedane kennis aan de waterschappen over te dragen.

4.3.2 Levering van energie of brandstof voor energieopwekking

Opdrachten voor de levering van energie of brandstof voor energieopwekking door een speciale-sectorbedrijf⁶⁶⁾ dat zich bezighoudt met het exploiteren van en het leveren aan vaste gas-, warmte- en elektriciteitsnetten, zijn op grond van artikel 3.30 van de Aanbestedingswet uitgezonderd van de aanbestedingsplicht. Er hoeft in dit geval dus niet te worden aanbesteed. Een speciale-sectorbedrijf is een bedrijf dat bepaalde activiteiten uitoefent, waaronder het exploiteren van en het leveren aan vaste gas-, warmte- en elektriciteitsnetten. Dit kan dus ook een waterschap zijn. Hetzelfde geldt overigens voor levering van drinkwater op het net, op grond van artikel 3.29 van de Aanbestedingswet.

Gemengde opdracht waarbij het hoofdonderwerp niet aanbestedingsplichtig is

Wanneer een project zowel aanbestedingsplichtige als niet-aanbestedingsplichtige elementen kent, moet aan de hand van het hoofdvoorwerp van dat project worden onderzocht of een aanbestedingsplicht geldt. Het hoofdvoorwerp wordt bepaald op basis van de kenmerkende essentiële verplichtingen en niet op basis van de

65) Een geïntegreerd contract waarin de onderwerpen Design Build Finance Maintenance Operate zijn opgenomen.
66) Zie ook de geactualiseerde Handreiking speciale-sectorbedrijven, mei 2017, Ministerie van Economische Zaken.

Participatie marktpartij

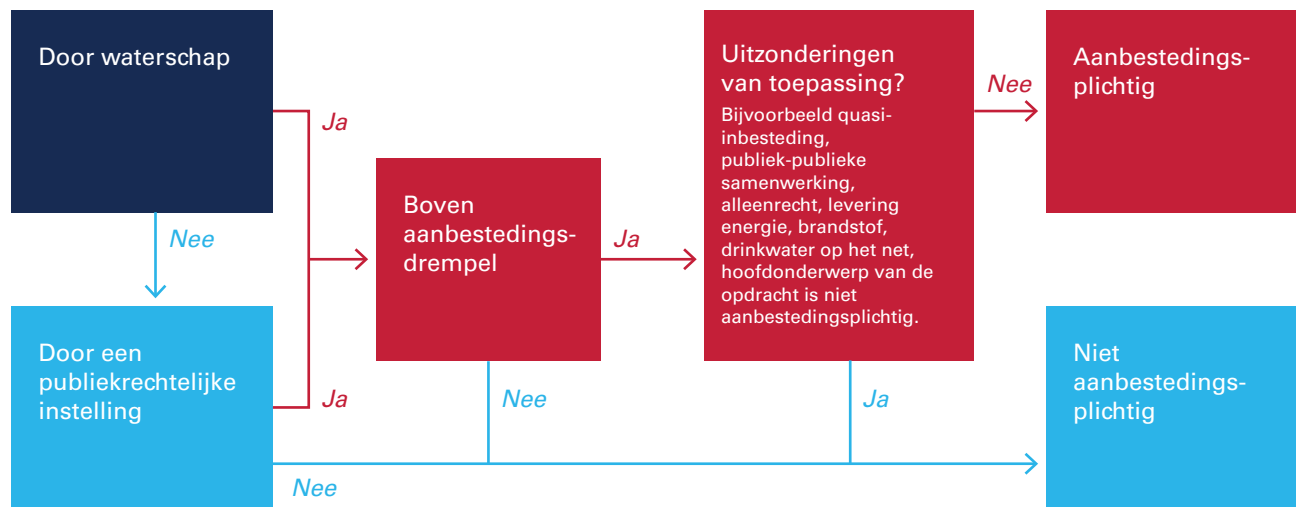
Speciale-sectorbedrijf

Hoofdvoorwerp

verplichtingen die slechts bijkomstig of aanvullend zijn. De financiële waarde van de verschillende betrokken prestaties is slechts één van de criteria die voor deze vaststelling in aanmerking worden genomen bij het bepalen van het hoofdvoorwerp. Er moet volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie een objectief onderzoek plaatsvinden van de gehele opdracht.

4.3.3 Schematische weergave

Het onderstaande schema geeft weer wanneer een opdracht moet worden aanbesteed volgens de Europese aanbestedingsprocedures.



4.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen

Complexe aanbestedingsregelgeving

De procedures van openbaar aanbesteden zijn complex en vereisen specialistische juridische- en inkoopkennis. Door het toepassen van bovengenoemde schema's en de checklist in dit hoofdstuk kan worden bepaald of de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing is. Is de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing, dan is dit in principe geen belemmering om zaken uit te voeren, indien de juiste procedures worden toegepast.

4.5 Risicoanalyse

De aanbestedingswet- en regelgeving maakt het mogelijk voor marktpartijen om juridische procedures te starten tegen het waterschap indien niet de juiste aanbestedingsbeginselen of procedures zijn gehanteerd. Wanneer een dergelijke procedure door een marktpartij wordt gewonnen, kan het in het slechtste geval voorkomen dat het contract tussen het waterschap en de leverancier moet worden opgezegd en alsnog moet worden gegund aan de klagende partij, met schadevergoedingen aan de contractpartij tot gevolg. Een andere mogelijkheid is dat aan de klagende partij een schadevergoeding betaald moet worden, soms ter hoogte van het niet gewonnen contract. Wanneer de aanbestedingsprocedures nauwkeurig worden gevolgd, is het risico van dit soort schadevergoedingen erg klein. Het risico van klagende partijen kan echter nooit uitgesloten worden.

Schadevergoeding

Samenwerking en aanbesteden - kanttekeningen

De discussie over de exacte invulling van de eisen van quasi-inbesteden speelt op dit moment bij veel overheden. Deze onduidelijkheid blijft voorlopig bestaan; deels omdat de jurisprudentie onder de 'oude' Aanbestedingswet is opgenomen in de 'herziene' Aanbestedingswet en deels ook omdat de eisen in de (toelichting van de) 'herziene' Aanbestedingswet gewijzigd zijn en dit nog moet uitkristalliseren in nieuw te vormen jurisprudentie. De publiek-publieke samenwerking is gebaseerd op jurisprudentie en is in de Aanbestedingswet vastgelegd met enkele inhoudelijke aanpassingen. De juridische praktijk zal moeten uitwijzen hoe deze subtiele wijzigingen uitwerken. In het verleden is deze vorm van publieke samenwerking reeds goedgekeurd bij afvalverwerking⁶⁷. Een kanttekening van het alleenrecht is het gebrek aan concurrentie omdat de aanbestedende dienst altijd de opdracht dient te verstrekken aan de partij die het alleenrecht heeft; dit kan nadelige gevolgen hebben voor de marktverhoudingen en het bepalen van een eerlijke / marktconforme prijs. Aangeraden wordt om condities in te bouwen door bijvoorbeeld jaarlijks een toets uit te voeren op marktconformiteit.

4.6 Checklist

Is de Aanbestedingswet van toepassing?

De Aanbestedingswet is van toepassing indien goederen, diensten of werken worden ingekocht door het waterschap, of als goederen, diensten of werken worden ingekocht door een entiteit die:

- rechtspersoonlijkheid heeft
- is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang
- voorziet in zaken van niet-commerciële aard
- onder overheidsinvloed staat (financieel, juridisch of feitelijk)⁶⁸

De Europese aanbestedingsprocedures moeten gehanteerd worden bij een aanbesteding, indien:

- de aankoop van goederen of diensten een waarde van meer dan € 209.000 heeft
- de aankoop van werken een waarde van meer dan € 5.225.000 heeft.

Is een PPS-constructie mogelijk?

Een PPS-constructie is mogelijk indien:

- de samenwerking activiteiten gaat verrichten die normaal zouden moeten worden aanbesteed door middel van een Europese aanbestedingsprocedure
- de partij gekozen is door middel van een aanbestedingsprocedure, waarin de opdracht en doelen van de samenwerking zo concreet mogelijk zijn beschreven.

Wanneer hoeft de Europese aanbestedingsprocedure niet gehanteerd te worden?

Er bestaan uitzonderingen waarbij er geen Europese aanbestedingsprocedure hoeft te worden doorlopen:

67) Arrest van het Hof van Justitie EU, 9 juni 2009, C-480/06; 'Stadtreinigung Hamburg'.

68) Zie artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012.

- Als u een opdracht wilt gunnen aan een ‘overheidsbedrijf’. Oefent u toezicht op de opdrachtnemer als op de eigen diensten en verricht de opdrachtnemer het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van de toezichthoudende aanbestedende diensten (uw organisatie en eventuele andere toezichthoudende organisaties).

Mogelijk is er dan geen sprake van de aanbestedingsplicht en kunt u de opdracht rechtstreeks gunnen.

- Als u wilt samenwerken met een andere overheidsorganisatie. Strekt de samenwerking tot uitvoering van een gezamenlijke taak van algemeen belang? Zijn alleen openbare lichamen partij bij de samenwerkingsovereenkomst? Hebben de financiële vergoedingen over en weer tussen de samenwerkende openbare lichamen enkel betrekking op de gemaakte kosten en niet op winst? Wordt geen enkele private marktpartij bevoordeeld door de samenwerking? Wordt de samenwerking uitsluitend beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang?

Mogelijk is er geen sprake van de aanbestedingsplicht en kunt u de opdracht rechtstreeks gunnen.

Als een waterschap een alleenrecht verleent aan een onderneming die binnen een bepaald geografisch gebied diensten mag verrichten, of als de opdracht levering van energie of brandstof voor energieopwekking betreft.

Dan hoeft geen Europese aanbestedingsprocedure gevolgd te worden.

Grachten als zonnecollector:
(sfeer plaatje) grachten kunnen
worden ingezet voor het
verwarmen van de stad



Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Hoofdstuk 5



Een dienstauto van het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier rijdt op biogas, opgewekt uit afvalwater

5.1 Samenvatting

Staatssteun wordt gekenmerkt door financiële hulp van de overheid voor een specifieke (groep) onderneming(en). Indien een waterschap besluit om een bepaalde onderneming financieel te helpen en andere bedrijven niet, kan er sprake zijn van ongeoorloofde steun omdat er oneerlijke concurrentie ontstaat. Lidstaten van de Europese Unie moeten hun steunmaatregelen vooraf melden bij de Europese Commissie en de Commissie beoordeelt uiteindelijk of de steun is toegestaan. Niet alle vormen van financiële hulp vanuit een waterschap zijn per definitie ongeoorloofd, want er zijn diverse uitzonderingen op het verbod van staatssteun.

Indien een waterschap economische activiteiten gaat verrichten kan het voor het mededingingsrecht beschouwd worden als onderneming. Wanneer een waterschap zich begeeft op de markt, bijvoorbeeld door het leveren van energie of grondstoffen aan derden, heeft het zich te houden aan het mededingingsrecht. Ondernemingen mogen op grond van het mededingingsrecht onderling ook geen afspraken maken die de concurrentie op de markt belemmeren of waarmee zij misbruik maken van een economische machtspositie. Voor schending van het mededingingsrecht kan een waterschap beboet worden. Ook het mededingingsrecht kent een aantal uitzonderingen.

Sinds 2012 is de Wet markt en overheid van kracht, waarmee extra gedragsregels zijn opgenomen in de Mededingingswet met betrekking tot het gedrag van overheden, wanneer deze zich op de markt begeven. De gedachte achter deze wetgeving is

dat de overheid de mededinging ook binnen de lidstaat Nederland niet mag verstoren wanneer zij marktactiviteiten uitvoert.

5.2 Beschrijving van het juridische landschap

Waterschappen kunnen te maken krijgen met de staatssteunregels, mededingingsregels (kartelverbod en verbod van misbruik van economische machtspositie) of de regels van de ‘Wet markt en overheid’.

In meer algemene zin verhouden de staatssteunregels, mededingingsregels en ‘wet markt en overheid’ zich tot elkaar doordat deze van toepassing zijn bij economische activiteiten, ook als deze door de overheid of door een aan de overheid verbonden bedrijf worden verricht.

Bij het beoordelen of de staatssteunregels, mededingingsregels en de Wet markt en overheid op het waterschap van toepassing zijn, is van groot belang om na te gaan wanneer het waterschap als een onderneming moet worden aangemerkt. Het is op voorhand overigens zeer waarschijnlijk dat het waterschap onder die definitie valt, als zij besluit om energie of grondstoffen te gaan produceren, leveren of verhandelen.

Eerst dient gezien te worden of de staatssteunregels van toepassing zijn alvorens na te gaan of de regels van de wet markt en overheid van toepassing zijn. Als de staatssteunregels van toepassing zijn, is de wet markt en overheid namelijk *niet* van toepassing (zie artikel 25h, lid 4, Mw).

5.2.1 Wet- en regelgeving⁶⁹⁾

Wetgeving op Europees niveau

Artikel 107, eerste lid, VWEU

Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

De staatssteunregels zijn vastgelegd op Europees niveau. Ook het mededingingsrecht, dat in Nederland van toepassing is, heeft zijn oorsprong in het Europese recht. De Europese wet- en regelgeving met betrekking tot staatssteun mededinging is direct en parallel van toepassing in Nederland indien voldaan is aan het vereiste van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.⁷⁰⁾ In het algemeen is daarvan snel sprake, zodat in de meeste gevallen zowel de Europese als de Nederlandse mededingingsregels van toepassing zijn.

69) In het rapport Innovatie en duurzaamheid: valorisatie van afvalwater (STOWA 2012-47) wordt een uitgebreide omschrijving gegeven van de wetgeving rondom mededinging en staatssteun.
70) Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. OJ C 101, 27.4.2004, p. 81–96.

De volgende regelgeving is hierbij het meest van belang:

- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU):
De artikelen 101 t/m 106 behandelen het mededingingsrecht; de artikelen 107 t/m 109 behandelen staatssteun.
- Verordening (EU) 651/2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (de algemene groepsvrijstellingsverordening).
- Verordening (EU) 702/2014 waarbij bepaalde categorieën steun in de landbouw- en bosbouw sector en in plattelandsgebieden op grond van de artikelen 107 en 108 van het verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (de landbouw vrijstellingsverordening).
- Verordening (EU) 1407/2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun.

Daarnaast heeft de Europese Commissie enkele richtsnoeren opgesteld waarin wordt voorgesteld hoe onderdelen van de bovenstaande regelgeving volgens de commissie geïnterpreteerd moeten worden.⁷¹⁾

Wetgeving op nationaal niveau

Artikel 6, lid 1, Mededingingswet

Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Artikel 24, lid 1, Mededingingswet

Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.

Uitgangspunt van de Mededingingswet (Mw) is dat de bepalingen inzake mededingingsafspraken en misbruik van een economische machtspositie zijn georiënteerd op de regelgeving in de Europese recht (VWEU).⁷²⁾ De nationale mededingingsregels kennen gelijklopende begrippen als de Europese normen en de nationale en Europese regels kunnen ook parallel van toepassing zijn. Direct gevolg hiervan is dat voor de interpretatie van de Nederlandse begrippen de Europese jurisprudentie richtinggevend is.

71) Zie paragraaf 1.2.2 en 1.3.1 (staatssteun) en 1.2.3 en 1.3.3 (mededinging).
72) Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 10.

De Wet markt en overheid is zuiver nationale regelgeving en overigens geen aparte wet, maar een hoofdstuk in de Mededingingswet (Hoofdstuk 4b). De Wet markt en overheid heeft tot doel het gelijke speelveld tussen overheden en ondernemingen te creëren.

5.2.2 Staatssteun

Een belangrijk doel van de Europese Unie is het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden voor alle ondernemingen op de interne markt. Het verbod van staatssteun aan ondernemingen is een belangrijke randvoorwaarde voor het tot stand brengen van de interne markt. De staatssteunregels zijn neergelegd in de artikelen 107, 108 en 109 van het Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie.

Voor de waterschappen is het relevant om zich te realiseren dat een waterschap zowel steunverlener als steunontvanger kan zijn in de zin van artikel 107 VWEU. Wanneer het waterschap bijvoorbeeld subsidies verstrekt of energie levert onder de marktprijs aan een onderneming is het waterschap *steunverlener*. Ook kan het waterschap *steunontvanger* zijn, bijvoorbeeld als zij voor het opzetten van economische activiteiten van een (andere) overheid steun ontvangt.

Bij het bepalen of sprake is van staatssteun, is de vorm van de financiële hulp niet doorslaggevend. Staatssteun kan worden verkregen in de vorm van een subsidie, in de vorm van een lagere prijs (wanneer de onderneming iets van de overheid koopt), of juist in de vorm van een hogere prijs (wanneer de onderneming iets aan de overheid verkoopt). Het gaat erom dat één of een selectieve groep onderneming(en) een voordeel ontvangt vanuit de overheid.

Indien een waterschap steun wil verlenen, is het noodzakelijk dat de Europese regelgeving op het gebied van staatssteun in acht worden genomen.

Om te bepalen of een voorgenomen maatregel staatssteun is, moet er aan vijf criteria worden getoetst⁷³⁾:

1) **Is er sprake van een onderneming, met andere woorden: is sprake van een economische activiteit?**

2) **Is de steunmaatregel afkomstig van of toe te rekenen aan de staat?**

Het gaat hierbij om de vraag of de steunmaatregel ten eerste aan de staat (waaronder ook bijvoorbeeld een waterschap) kan worden toegerekend en ten tweede of deze steunmaatregel met staatsmiddelen is bekostigd.

3) **Levert de maatregel een onderneming economisch voordeel op?**

Hieronder valt ieder economisch voordeel dat de betrokken onderneming zonder de overheidsmaatregel, dus onder normale marktvoorwaarden, niet had verkregen. Waterschappen kunnen verboden staatssteun in de praktijk dus voorkomen door een marktconforme prijs te hanteren.

⁷³⁾ Zie voor een nadere toelichting op de criteria: Mededeling van de Commissie. Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en zie Handreiking Staatssteun voor de overheid (januari 2017) Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties: <http://www.minbuza.nl/ecer/nieuws/2017/01/nieuwe-handreiking-staatssteun-voor-de-overheid.html>

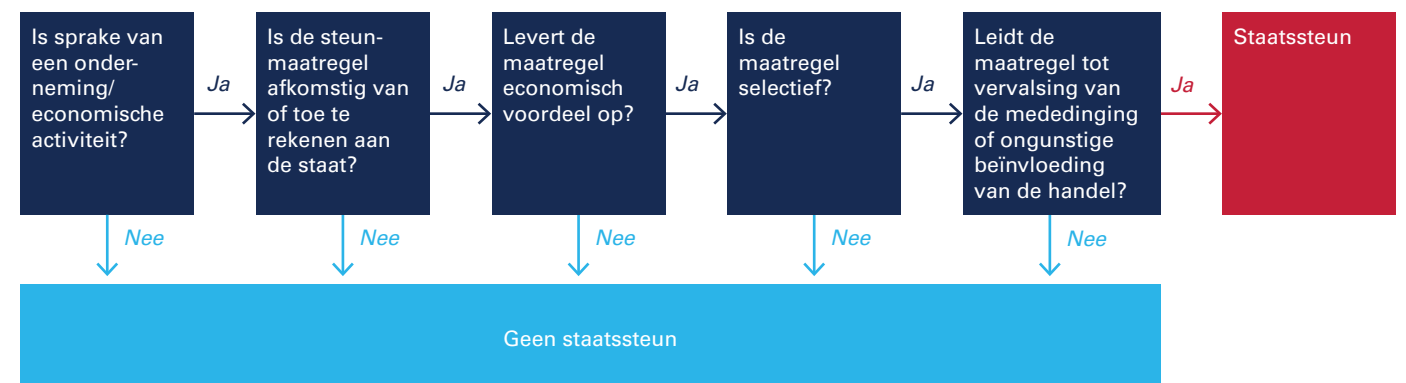
4) **Is de maatregel selectief?**

Er is al snel sprake van selectiviteit. Ook voordelen die ten goede komen aan bepaalde groepen ondernemingen, bepaalde economische sectoren of geografische gebieden vallen hieronder.

5) **Kan de steunmaatregel tot vervalsing van mededinging en ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten leiden?**

In de praktijk worden deze voorwaarden vaak tezamen beoordeeld. De Europese Commissie neemt in het algemeen relatief snel aan dat er sprake is van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de EU lidstaten⁷⁴⁾ en eveneens dat mededinging in potentie wordt vervalst. Een daadwerkelijke ongunstige beïnvloeding van de handel tussen EU lidstaten of daadwerkelijke vervalsing van de mededinging is niet vereist.

Deze stappen zijn toegelicht in onderstaand schema:



Overheidsfinanciering die voldoet aan alle vijf criteria, vormt staatssteun en moet in principe bij de Commissie worden aangemeld (artikel 108, lid 3, VWEU). Voor waterschappen verloopt deze procedure via het ministerie van I&M, Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken. In dat geval geldt bovendien de ‘stand still’ bepaling, hetgeen betekent dat de steun niet verleend mag worden totdat de Commissie een besluit heeft genomen over de verenigbaarheid van de staatssteun met de interne markt.⁷⁵⁾ In de praktijk is het vaak niet nodig een formele aanmeldprocedure te doorlopen. Als de steun past onder een vrijstellingsverordening kan worden volstaan met de lichtere kennisgevingsprocedure, die enkele dagen tot weken duurt.

5.2.3 Mededinging

In het mededingingsrecht zijn twee belangrijke gedragsnormen neergelegd die van toepassing zijn op ondernemingen. Dit zijn i) het verbod van mededingingsafspraken (vaak ook: het kartelverbod) in artikel 6 Mw en ii) het verbod van misbruik van economische machtspositie in artikel 24 Mw.

⁷⁴⁾ De Commissie heeft eind 2015 in een aantal principiële besluiten aangegeven wanneer geen sprake is van beïnvloeding van de tussenstaatse handel. In de factsheet van Europa Decentraal is dit geduid, zie: <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2015/11/Factsheet-PuurLokaal-wat-mag-er-allemaal.pdf>

⁷⁵⁾ Art. 108 VWEU, Verordening (EU) 2015/1589 Van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Kartelverbod

Om vast te stellen of het verbod van mededingingsafspraken is geschonden, moet aan de volgende (cumulatieve) criteria worden getoetst:

- Is sprake van twee of meer ondernemingen?
- Is tussen de betrokken ondernemingen sprake van een overeenkomst of onderling afgestemde gedraging, gezamenlijk ook wel “afsprak” genoemd?
- Is sprake van een (merkbare⁷⁶⁾) mededingingsbeperking?
Het is in dit verband van belang om onderscheid te maken tussen afspraken die een mededingingsbeperkende *strekking* (doel) hebben en afspraken die tot *gevolg* hebben dat de mededinging wordt beperkt. Er is sprake van een mededingingsbeperkend doel als de afspraak concreet geschikt is om de mededinging te beperken⁷⁷⁾.

Misbruik van economische machtspositie

Artikel 24 Mw⁷⁸⁾ verbiedt misbruik van economische machtspositie. Dit verbod is van toepassing indien (cumulatief):

- 1) een onderneming op de relevante markt⁷⁹⁾
- 2) beschikt over een machtspositie en
- 3) misbruik daarvan maakt.

Als aan één van beide elementen niet is voldaan, kan dus geen sprake zijn van misbruik van machtspositie. Dit betekent concreet dat als een onderneming niet over een machtspositie beschikt, zij ook geen ‘misbruik’ kan maken van haar positie op de markt.

Om te bepalen of sprake is van een machtspositie is allereerst van belang om te bepalen wat de relevante markt is. Als een waterschap (als onderneming) op de relevante markt een marktaandeel heeft van onder de 40% is het weinig waarschijnlijk dat sprake is van een machtspositie.

Er is sprake van misbruik van een economische machtspositie als:

- de machtspositie wordt uitgebuit voor eigen gewin;
- de machtspositie wordt gebruikt om concurrenten van de markt uit te sluiten (bijvoorbeeld door hogere of juist veel lagere prijzen te rekenen).

Misbruik kan ook ontstaan aan de inkoopkant. Dit is aan de orde als het waterschap de enige of de grootste afnemer bij een bedrijf is. In de meeste gevallen leidt inkoopmacht echter niet tot misbruik, zolang de voordelen ten goede komen aan de consument.

76) HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, Expedia.
77) HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, T-Mobile Netherlands e.a., punt 43.
78) Zie voor een nadere duiding van diverse begrippen en vormen van misbruik van economische machtspositie de Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel [102 VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb C 45, 24.2.2009, p. 7–20.
79) Zie Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht Official Journal C 372, 9.12.1997, p. 5–13.

5.4.2 Wet markt en overheid

Alhoewel de titel van deze wet anders doet vermoeden, is de Wet markt en overheid geen aparte wet, maar een hoofdstuk in de Mededingingswet (Hoofdstuk 4b) dat het gelijke speelveld tussen overheden en ondernemingen moeten creëren.⁸⁰⁾ Het is van belang dat de Wet markt en overheid dus géén verbod kent op economische activiteiten door de overheid, zolang de gedragsregels maar gevolgd worden.

De Wet markt en overheid is alleen van toepassing op overheden. Het waterschap en eventuele door haar opgerichte entiteiten vallen onder deze definitie. De Wet markt en overheid bevat vier gedragsregels:

- 1) Integrale kosten doorberekening: overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen.
- 2) Bevoordelingsverbod⁸¹⁾: overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven.
- 3) Beperking gegevensgebruik: overheden mogen de gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen, niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van deze taak. Dit verbod geldt niet als andere overheidsorganisaties of bedrijven ook over de gegevens kunnen beschikken.
- 4) Functiescheiding: als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke (bijvoorbeeld toetsende) rol heeft voor bepaalde economische activiteiten en ook zelf die economische activiteiten uitvoert, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid en bij het verrichten van de economische activiteiten van de overheidsorganisatie.

Het Ministerie van EZ heeft een handreiking uitgebracht over de Wet markt en overheid.⁸²⁾ In de praktijk kan met name de verplichting om de integrale kostprijs te hanteren een diepgravende analyse vergen. De integrale kostprijs is namelijk een ander begrip dan de marktprijs: de integrale kostprijs kan zowel hoger als lager zijn dan de marktprijs. In het besluit markt en overheid is richting gegeven hoe de integrale kostprijs bepaald dient te worden.⁸³⁾

5.2.5 Jurisprudentie

Onderneming

Het Hof van Justitie heeft bepaald dat iedere entiteit die economische activiteiten verricht als een onderneming moet worden beschouwd. Een economische activiteit is “elke activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde

80) De Wet markt en overheid zou vijf jaren na inwerkingtreding vervallen (1 juli 2017) waardoor bepalingen in de Mededingingswet weer komen te luiden zoals zij luiden voor inwerkingtreding van die wet. Met het besluit van 31 januari 2017 (Staatsblad 2017, nr. 34.) wordt de werkingsduur van de Wet markt en overheid verlengd met een periode van twee jaar tot 1 juli 2019.
81) Deze gedragsregel is alleen van toepassing indien de overheid zich via een overheidsonderneming (aparte entiteit) op de markt begeeft en niet als het waterschap zélf de economische activiteit verricht.
82) <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid>.
83) Zie nader Besluit markt en overheid (Stb. 2012, 255).

markt”.⁸⁴⁾ Voor de vaststelling of sprake is van een economische activiteit is niet bepalend wat de rechtsvorm is van de entiteit die de activiteit uitvoert.⁸⁵⁾ Dit kan dus ook de overheid zijn. Om vast te stellen of sprake is van een economische activiteit, is de aard van de activiteit bepalend.⁸⁶⁾ In dit verband is van belang of de activiteiten ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht⁸⁷⁾, maar níet of de activiteiten met een winstootmerk worden verricht.⁸⁸⁾

Als het gaat om activiteiten door overheden, dient onderscheid te worden gemaakt tussen het geval waarin de overheid handelt in de uitoefening van openbaar gezag en het geval waarin de overheid economische activiteiten verricht.⁸⁹⁾ Voor zover overheden handelen in de uitoefening van openbaar gezag, verrichten zij geen economische activiteit. Voor zover een overheid een economische activiteit verricht die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden losgekoppeld, handelt de overheid – wat deze activiteit betreft – echter wél als onderneming.⁹⁰⁾ Het is denkbaar dat een overheid zowel economische, als niet economische activiteiten verricht.⁹¹⁾

5.3 Handreiking staatssteun, mededinging, markt en overheid in relatie tot energie en grondstoffen

5.3.1 Analyse van mogelijkheden: wanneer is geen sprake van staatssteun of sprake van een uitzondering op het verbod van staatssteun?

Staatssteun is in beginsel onverenigbaar met de interne markt en dient te worden aangemeld bij de Europese Commissie⁹²⁾. Er is echter een aantal mogelijkheden om staatssteun in overeenstemming te brengen met Europese regelgeving. In één groep gevallen is *niet voldaan aan één van de vijf criteria* van artikel 107, lid 1, VWEU. In een andere groep gevallen is weliswaar sprake van staatssteun, maar is er een *vrijstelling van de aanmeldplicht* van artikel 108, lid 3, VWEU.

Geen staatssteun: het ‘market economy operator principle’ (MEOP)

Indien sprake is van een marktconforme financiering door waterschappen aan een onderneming levert het de onderneming geen economisch voordeel op. In dit geval is geen sprake van staatssteun, omdat niet is voldaan aan het derde criterium van artikel 107, eerste lid, VWEU. De onderneming ontvangt geen voordeel die zonder het waterschap niet te ontvangen zou zijn geweest. Hiertoe moet de participatie van het waterschap worden vergeleken met die van een particuliere investeerder in hetzelfde geval. Dit wordt het ‘Market Economy Operator Principle (MEOP)’ genoemd (in het verleden aangeduid als ‘market economy investor principle’ (MEIP)).⁹³⁾

84) HvJ 16 juni 1987, zaak 118/85 (Commissie/Italië), ro. 7. Zie nader de uitleg zoals ACM deze heeft gegeven naar aanleiding van vragen van de RDW op van 3 februari 2014, zaak 12.0266.01.
85) 41/90, Hofner en Elser, r.o. 21.
86) C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH r.o. 19.
87) Zie bijvoorbeeld zaak C-244/94, FFSA, C-115-/97-117/97, Brentjes Handelsonderneming B.V. of C-41/90 Höfner/Elser.
88) Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:637, ro. 3.2.
89) C-343/95, Diego Cali & Figli Srl, r.o. 16.
90) C-138/11, Compass-Datenbanken GmbH, r.o. 38.
91) C-82/01 P, Aeroports de Paris, r.o. 74.
92) Art. 108 VWEU, zie ook Verordening (EU) 2015/1589 Van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (codificatie).
93) Zie nader 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, OJ C 262, 19.7.2016, p. 1–50.

Geen staatssteun: de de-minimissteun

Op basis van de reguliere de-minimisverordening⁹⁴⁾ kan een onderneming over een periode van drie belastingjaren in totaal tot € 200.000 aan steun ontvangen. Belangrijk om te vermelden is dat het de-minimisplafond geldt *per* onderneming en *per* lidstaat⁹⁵⁾. Het doel waarvoor de de-minimissteun wordt verleend is daarbij niet relevant. De-minimissteun voldoet niet aan het criterium “beïnvloeding van de handel tussen lidstaten”.

Geen aanmeldplicht: een uitzondering op basis van de algemene groepsvrijstelling

In de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) worden, indien de steun voldoet aan de in de AGVV gestelde voorwaarden, een aantal steunmaatregelen vrijgesteld van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie.⁹⁶⁾ Ook de Landbouw Vrijstellingsverordening kent een relevante vrijstelling met betrekking tot hernieuwbare energie.⁹⁷⁾

Voor het waterschap kan het bijvoorbeeld van belang zijn dat onder bepaalde voorwaarden steun voor milieubescherming en (duurzame) energie of steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie niet hoeft te worden aangemeld.⁹⁸⁾ De Europese Commissie bepaalt niet op voorhand of de steun inderdaad op grond van de AGVV geoorloofd is, omdat deze steun niet hoeft te worden aangemeld. Het is dus aan het waterschap zelf om te bepalen of de uitzondering op de aanmeldplicht van toepassing is .

De vrijstelling van de aanmeldingsplicht neemt bovendien niet weg dat het waterschap wel verplicht is om de Europese Commissie:

- in kennis van de steunmaatregel te stellen⁹⁹⁾
- jaarlijks te rapporteren over de verleende steun.

Aanmeldingsplichtige staatssteun verenigbaar met de interne markt

Ten slotte kan de Europese Commissie verklaren dat de staatssteun, welke is aangemeld, verenigbaar is met de interne markt.

Ondanks het algemene verbod op staatssteun, is in sommige gevallen overheidsingrijpen nodig. Artikel 107, lid 2 en 3, VWEU laat om deze reden ruimte voor een aantal beleidsdoelstellingen waarbij staatssteun als verenigbaar met de interne markt kan worden beschouwd.¹⁰⁰⁾ voor de waterschappen relevante uitzonderingen

94) Verordening (EU) Nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun (PbEU 2013,L352/1). Zie ook de specifieke de-minimis verordening voor landbouw: Verordening (EU) 1408/2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun in de landbouwsector.
95) Artikel 2 lid 2 van de de-minimisverordening (nr. 1407/2013) geeft aan wanneer sprake is van één onderneming.
96) Commissieverordening 651/2014 van 17 juni 2014. Zie deel 4 (voor onderzoek, ontwikkeling & innovatie) en deel 7 (voor milieusteun).
97) Verordening (EU) 702/2014 waarbij bepaalde categorieën steun in de landbouw- en bosbouw sector en in plattelandsgebieden op grond van de artikelen 107 en 108 van het verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.
98) Een checklist is te vinden via, <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2015/10/Checklist-Steun-voor-milieubescherming-en-energie.pdf>.
99) Zie bijlage 2 bij de AGVV.
100) Zie ook: <http://www.minbuza.nl/ecer/dossiers/staatssteun/uitzonderingen-op-het-verbod-op-staatssteun.html>.

zijn steun voor milieubescherming en energie¹⁰¹⁾ en voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie.¹⁰²⁾

Na de aanmelding kan de Europese Commissie alsnog:

- in een vereenvoudigde procedure¹⁰³⁾ besluiten dat de steun verenigbaar is met de EU-regels , omdat de positieve effecten ervan opwegen tegen de nadelen voor de concurrentie
- na een formele procedure besluiten dat de steun, al dan niet onder voorwaarden, verenigbaar is met de interne markt.

Geen staatssteun: Diensten van Algemeen Economisch Belang (DAEB)

Een bijzondere situatie zijn de zogeheten diensten van algemeen economisch belang (DAEB). DAEB's bevinden zich op het grensvlak van publieke belangen en de interne markt.¹⁰⁴⁾ Decentrale overheden hebben op basis van Europese regelgeving beleidsvrijheid bij het omschrijven en laten uitvoeren van een DAEB. Deze beleidsvrijheid is echter niet onbegrensd. De criteria om voor de DAEB-uitzondering in aanmerking te komen, zijn terug te voeren op het Altmark-arrest¹⁰⁵⁾. In dit arrest heeft het Europees Hof van Justitie geoordeeld dat de vergoeding van de DAEB geen staatssteun vormt wanneer aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan¹⁰⁶⁾:

- 1) De begunstigde onderneming moet belast worden (door de overheid) met de uitvoering van DAEB en de DAEB moet duidelijk omschreven zijn.
- 2) De berekening van de compensatie moet objectief en transparant vastgesteld zijn
- 3) De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de DAEB geheel of gedeeltelijk te dekken
- 4) Als de begunstigde onderneming niet gekozen wordt op basis van een openbare aanbesteding, zal de compensatie worden bepaald op basis van een `benchmark`.

De Commissie heeft op 20 november 2011 een ‘DAEB-pakket’ aangenomen, dat begin 2012 in werking is getreden, waarin zij toelicht onder welke voorwaarden sprake is van een DAEB, indien niet voldaan is aan het vierde criterium van het Altmark-arrest.¹⁰⁷⁾

101) Waarover nader: Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, p. OJ C 200, 28.6.2014, p. 1–55.
102) Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en Innovatie, OJ C 198 27.06.2014.
103) Mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde soorten staatssteun, OJ C 136, 16.6.2009, p. 3–12.
104) Zie nader: <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf>
105) Zie Zaak C-280/00 Altmark, 24 juli 2003.
106) Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, OJ C 8, 11.1.2012.
107) Zie de DAEB-deminimisverordening (verordening 360/2012); het vrijstellingsbesluit DAEB 2012 (Besluit van de commissie van 20 december 2011, 2012/21/EU) en de Kaderregeling DAEB (EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, 2012/C 8/03). Daarnaast is een analysekader op de website van de Europese Commissie beschikbaar: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/analysis_tree_en.pdf.

5.3.2 Schematische weergave staatssteun

Schematisch kunnen bovenstaande paragrafen over staatssteun als volgt worden weergegeven. De figuur in paragraaf 1.2.2 valt samen met het eerste blokje (“Is voldaan aan de criteria van artikel 107, eerste lid, VWEU”):



5.3.3 Analyse van mogelijkheden: wanneer is sprake van een uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken?

Een uitzondering die van belang kan zijn voor de waterschappen staat in artikel 6, derde lid, Mw. Deze uitzondering stelt het kartelverbod buiten toepassing voor overeenkomsten die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Hierbij moet aan alle voorwaarden worden voldaan die in het derde lid worden genoemd, waarbij de bewijslast bij het waterschap ligt.

Voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 6, derde lid, gelden vier cumulatieve voorwaarden:

- de overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie van de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, d.w.z. leiden tot efficiëntieverbeteringen;
- de overeenkomst mag aan de betrokken ondernemingen geen beperkingen opleggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
- een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen, d.w.z. de door de onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen, met inbegrip van kwalitatieve efficiëntieverbeteringen, moeten in voldoende mate worden doorgegeven aan de gebruikers, zodat zij ten minste gecompenseerd worden voor de beperkende effecten van de overeenkomst; het is derhalve niet voldoende wanneer alleen de partijen bij de overeenkomst profiteren van de efficiëntieverbeteringen
- de overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten, de mededinging uit te schakelen.

Deze voorwaarden zijn verder uitgewerkt in een bekendmaking van de Europese Commissie.¹⁰⁸⁾

Daarnaast zijn enkele groepsvrijstellingen vastgesteld, welke invulling geven aan artikel 101, derde lid, VWEU en daarmee ook van belang zijn voor de interpretatie van artikel 6, derde lid, Mw. Het betreft groepsvrijstellingen voor:

- Bijzondere horizontale overeenkomsten, zoals met betrekking tot onderzoek en ontwikkeling.¹⁰⁹⁾
- Verticale overeenkomsten¹¹⁰⁾ (tussen ondernemingen die niet met elkaar concurreren), welke veelal de concurrentie niet zullen beperken.

De Commissie heeft richtsnoeren uitgegeven over hoe met dergelijke overeenkomsten om moet worden gegaan.¹¹¹⁾

5.3.4 Schematische weergave verbod op mededingingsafspraken
Schematisch kunnen bovenstaande paragrafen over mededingingsafspraken als volgt worden weergegeven:



5.3.5 Analyse van mogelijkheden: wanneer is sprake van een uitzondering op de Wet markt en overheid?

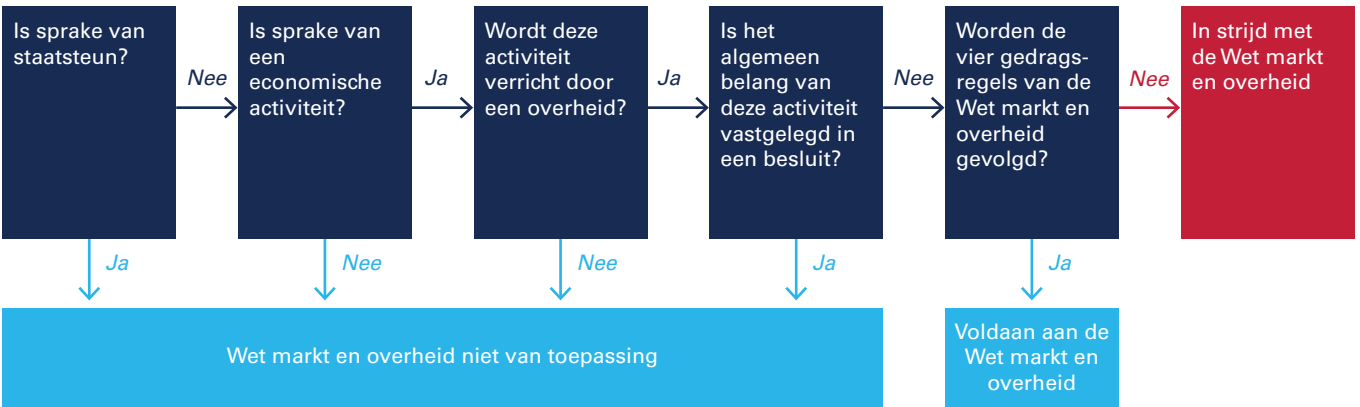
Zoals al aangegeven is de Wet markt en overheid niet van toepassing in het geval de staatssteunregels van toepassing zijn.¹¹²⁾ Dit is de eerste belangrijke uitzondering op de Wet markt en overheid (artikel 25h, vierde lid, Mw).

¹⁰⁸⁾ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het verdrag, PB. 2004 C101, p. 97.
¹⁰⁹⁾ Verordening (EU) nr. 1217/2010.
¹¹⁰⁾ Verordening (EU) nr. 330/2010.
¹¹¹⁾ Zie voor nadere uitleg met name de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Official Journal C 130, 19.05.2010, p. 1 en Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Official Journal C11, 14.1.2011, p. 1.
¹¹²⁾ Doordat steun die onder de de-minimisverordening valt geen staatssteun is in de zin van artikel 107 VWEU is in dat geval dus wel getoetst te worden aan de Wet markt en overheid.

Een tweede, voor de praktijk relevante, uitzondering is in het geval de economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang (artikel 25h, vijfde lid, Mw). Het algemeen bestuur van het waterschap kan het algemeen belang van een bepaalde (economische) activiteit door middel van een daartoe strekkend besluit vaststellen. In dat geval gelden de vier gedragsregels van de wet markt en overheid dus niet.

5.3.6 Schematische weergave Wet markt en overheid

Schematisch kunnen bovenstaande paragrafen over de Wet markt en overheid als volgt worden weergegeven:



5.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen

De staatssteunregels, mededingingsregels en Wet markt en overheid zijn ingewikkelde juridisch-technische regels, waarbij naast een juridische analyse ook een economische analyse noodzakelijk is. Met name het beoordelen of voldaan is aan de staatssteunregels zal in de praktijk van de waterschappen een diepgravende analyse vergen. Een praktische oplossing is om te investeren tegen marktconforme voorwaarden, steun te geven onder de *de-minimis* grenzen of door binnen de kaders van de algemene groepsvrijstelling te blijven.

De mededingingsregels kunnen vaak zonder meer gevolgd worden. Het zal voor waterschappen immers niet de bedoeling zijn om extra winsten te maken door deel te nemen aan een kartel.

Als de Wet markt en overheid van toepassing is, is het vaak mogelijk om de gedragsregels te volgen en heeft deze oplossing de voorkeur. In andere gevallen kan een algemeen belang besluit uitkomst bieden.

5.5 Risicoanalyse

Staatssteun

Indien staatssteun wordt gemeld en de Europese Commissie akkoord gaat met de steun, dan bestaat er geen risico. Ten onrechte niet of te laat gemelde staatssteun heeft echter verstreckende consequenties. De Europese Commissie kan onder meer besluiten dat de ontvangen steun terug geëist moet worden, met vermeerdering van rente en een boete opleggen. Dit geldt ook in het geval indien een waterschap ten onrechte meent onder de AGVV te vallen.

Er zijn geen gevallen bekend waarbij waterschappen tot het aanwijzen van een DAEB zijn overgegaan bij de productie of levering van duurzame energie of grondstoffen. Omdat deze praktijkervaring met DAEB's in de context van de waterschappen ontbreekt, zal bij de toepassing van een DAEB een analyse moeten plaatsvinden om te verzekeren dat deze binnen de geldende criteria valt.

Mededinging

Een schending van het verbod van mededingingsafspraken of het verbod van misbruik van economische machtspositie kan leiden tot zeer hoge boetes van de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt.

Wet markt en overheid

Ook het niet naleven van de gedragsregels van de Wet markt en overheid kan worden beboet door de Autoriteit Consument en Markt.

Energiefabriek RWZI Tiburg Noord



5.6 Checklist

Staatssteun

- 1) Is er sprake van een onderneming (dat wil zeggen: economische activiteit)?
- 2) Is de steunmaatregel afkomstig van of toe te rekenen aan de staat?
- 3) Levert de maatregel een onderneming economisch voordeel op?
- 4) Is de maatregel selectief?
- 5) Kan de steunmaatregel tot vervalsing van mededinging en ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten leiden?
- 6) Blijft de steun binnen de grenzen van de de-minimis verordening?
- 7) Valt de steun onder een uitzondering, bijvoorbeeld in de AGVV?
- 8) Is sprake van een DAEB?
- 9) Is de steun verenigbaar met de interne markt?

Mededingingsrecht – verbod van mededingingsafspraken

- Is er sprake van twee of meer ondernemingen?
- Is er sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging (afpraak)
- Heeft deze afspraak het doel of het gevolg om de mededinging te beperken?
- Is er sprake van één van de uitzonderingen, zoals bijvoorbeeld neergelegd in één van de groepsvrijstellingen?

Mededingingsrecht – verbod van economische machtspositie

- 1) Is er sprake van een economische activiteit?
- 2) Beschikt het waterschap over een machtspositie op de relevante markt?
- 3) Maakt het waterschap misbruik van haar machtspositie?

Wet markt en overheid

- 1) Is er sprake van staatssteun?
- 2) Is er sprake van een economische activiteit?
- 3) Worden de vier gedragsregels van de wet markt en overheid gevolgd?
- 4) Is er sprake van een algemeen belang besluit?

Samenwerking en rechtsvormen

Hoofdstuk 6



De fosfaatfabriek op RWZI
Amsterdam West, van Waterschap
Amstel, Gooi en Vecht

6.1 Samenvatting

Waterschappen kunnen vele (combinaties van) publiekrechtelijke en privaatrechtelijke (rechts)vormen gebruiken voor de productie en levering van energie en grondstoffen. Behoudens hetgeen in hoofdstuk 2 over de taken van het waterschap is geschreven zijn er weinig belemmeringen om welke organisatievorm dan ook te gebruiken. Wel wordt benadrukt dat iedere activiteit op het gebied van bijvoorbeeld productie en/of levering van energie en grondstoffen waarop samenwerking wordt beoogd, vraagt om een eigen afweging van het waterschap welke organisatievorm er het beste bij past. Naast juridische en/of financiële aspecten kunnen ook bestuurlijke voorkeuren de keuze voor een rechtsvorm beïnvloeden.

6.2 Beschrijving van het juridische landschap

6.2.1 Wet- en regelgeving

Van belang zijn met name het Burgerlijk Wetboek (Boek 2 BW) en de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr). In het BW worden de privaatrechtelijke rechtspersonen geregeld en in de Wgr de publiekrechtelijke vormen. Er zijn ook privaatrechtelijke rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid (bijvoorbeeld vennootschap onder firma en maatschap), maar deze vormen liggen voor waterschappen niet voor de hand omdat bestuurders hiervan hoofdelijk aansprakelijk zijn vanuit het privévermogen voor schulden van de onderneming.

Burgerlijk Wetboek
Wet gemeenschappelijke regelingen

Privaatrechtelijke
rechtshandelingen

6.2.2 Jurisprudentie

De jurisprudentie over privaatrechtelijke rechtspersonen is zeer omvangrijk en divers van aard. Naar Nederlands recht wordt algemeen aanvaard dat overheden - dus ook waterschappen - zich ter uitvoering van hun specifieke overheidstaken niet alleen kunnen bedienen van de hun in het publiekrecht toegekende bevoegdheden, maar ook van de mogelijkheden die het burgerlijk recht biedt om bepaalde taken en doelstellingen te realiseren. Tot die mogelijkheden behoren onder meer het oprichten van en/of deelnemen in rechtspersonen naar burgerlijk recht en het sluiten van overeenkomsten naar burgerlijk recht. De relevante uitspraken hebben betrekking op de mogelijkheid voor overheden om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten of dat toch de publiekrechtelijke weg meer is aangewezen. Indien een waterschap gebruik maakt van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden, dan dient het daarbij wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.¹¹³⁾ Ook zijn er veel uitspraken over (persoonlijke) aansprakelijkheid van bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen (met name vennootschappen, stichtingen). Elke bestuurder van een privaatrechtelijke rechtspersoon draagt op grond van boek 2 Burgerlijk Wetboek verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken en is voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest. In geval van faillissement van bijvoorbeeld een vennootschap is iedere bestuurder die kennelijk onbehoorlijk zijn taak heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak van faillissement is, jegens de boedel hoofdelijk (in persoon) aansprakelijk voor het bedrag van de schulden. In deze jurisprudentie gaat het altijd om de specifieke omstandigheden van het geval of een bestuurder aansprakelijk is of niet: wanneer vindt de rechter iets ‘onbehoorlijk bestuur, wat is precies ‘ernstig verwijtbaar’ en wanneer is sprake van ‘nalatig’?

Er zijn relatief minder uitspraken over de Wgr. De meest relevante uitspraken gaan over de onjuiste overdracht van bevoegdheden aan het samenwerkingsverband en betwisting van de hoogte van uittreedsommen indien een deelnemer uit het samenwerkingsverband wil stappen. Deze uitspraken hebben dus in veel mindere mate relevantie voor de productie en levering van duurzame energie en grondstoffen. In de Wgr is verder een geschillenregeling opgenomen met betrekking tot geschillen omtrent de toepassing van de gemeenschappelijke regeling¹¹⁴⁾. In de Wgr is aldus geregeld dat gedeputeerde staten bij de beslissing van het geschil het desbetreffende bestuur (bijvoorbeeld van een deelnemer of van het AB of DB van de GR) kunnen opdragen een besluit te nemen met inachtneming van het in hun beslissing bepaalde en binnen een daartoe te stellen termijn. Indien binnen de gestelde termijn het besluit niet is genomen, zijn gedeputeerde staten bevoegd zelf een besluit te nemen dat in plaats komt van het besluit van het desbetreffende bestuur. Voorts kunnen gedeputeerde staten in spoedeisende gevallen bij de beslissing van het geschil zelf in de zaak voorzien door in de plaats van het desbetreffende bestuur een besluit te nemen.

6.3 Handreiking organisatievormen in relatie tot energie en grondstoffen

6.3.1 Analyse van mogelijkheden

Waterschappen kunnen bij de productie en levering van energie en grondstoffen besluiten om zelf deze activiteiten uit te voeren. De activiteiten kunnen dan door eigen diensten worden uitgevoerd of het waterschap kan hiervoor een eigen privaatrechtelijk rechtspersoon oprichten die deze activiteiten uitvoert¹¹⁵⁾.

Waterschappen kunnen ook besluiten om met elkaar of andere publieke partijen publiekrechtelijk samen te werken om bijvoorbeeld kosten te delen en risico's te beperken bij bijvoorbeeld de exploitatie van een energiefabriek. Waterschappen kunnen ook samen een privaatrechtelijke rechtspersoon oprichten en van hieruit samenwerken met betrekking tot de productie en levering van energie en grondstoffen.

Waterschappen kunnen ten slotte ook besluiten om met private partijen samen te werken, bijvoorbeeld om kennis te delen, financiële risico's te spreiden over publiek en privaat en om toegang te krijgen tot andere netwerken.

Voor het behalen van diverse synergievoordelen kunnen waterschappen dus in principe gebruik maken van zowel publiekrechtelijke- als privaatrechtelijke (rechts) vormen om samen¹¹⁶⁾ te werken dan wel om via een aanbesteding¹¹⁷⁾ de activiteiten te laten uitvoeren.

Op hoofdlijnen wordt hieronder een overzicht gegeven van de mogelijkheden die het publiekrecht en privaatrecht bieden. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen met een uitwerking op hoofdlijnen van de verschillende rechtsvormen.

6.3.2 Publiekrechtelijke vormen van samenwerking

In de Wgr worden de publiekrechtelijke varianten geregeld, bijvoorbeeld de gemeenschappelijke regeling met een openbaar lichaam of een centrumconstructie. Het waterschap kan op basis van deze vormen met andere waterschappen of andere overheden of openbare lichamen samenwerken, bijvoorbeeld met gemeenten of provincies. Het gemeenschappelijk openbaar lichaam en de bedrijfsvoeringsorganisatie hebben als enige Wgr-vormen rechtspersoonlijkheid; zonder rechtspersoonlijkheid is het niet mogelijk om deel te nemen aan het rechtsverkeer. Hieronder volgt op hoofdlijnen een overzicht van de mogelijkheden op grond van de Wgr en andere publiekrechtelijke vormen.

1) Regeling zonder meer

Bij samenwerken via ‘de regeling zonder meer’ gaat het om een overeenkomst op basis van de Wgr, waarbij geen van de overige Wgr-varianten is ingesteld. Feitelijk komt deze vorm van samenwerking neer op een enkele afspraak

113) Deze lijn is gestart met 'Amsterdam/IKON': HR 27 maart 1987, NJ 1987,727.
114) Zie Tekst en Commentaar bij artikel 28 van de Wgr.

115) Zie het hoofdstuk Wettelijk kader voor de taken van het waterschap en afbakening ervan.
116) Zie hoofdstuk 7.5.3 voor de btw-mogelijkheden en gevolgen van samenwerking.
117) Zie het hoofdstuk over aanbestedingswet- en regelgeving voor meer details over de voorwaarden waaronder mogelijkheden.

tussen bestuursorganen waarbij een daadwerkelijke organisatievorm niet tot stand komt. Deze vorm komt in de praktijk nauwelijks voor.

2) **Gemeenschappelijk orgaan**¹¹⁸⁾

Bij een gemeenschappelijk orgaan gaat het om regelingen van zeer eenvoudige aard, veelal met een enkelvoudige, beperkt omschreven doelstelling, die geen geleed bestuur kent. Een gemeenschappelijk orgaan is geen rechtspersoon en kan bijvoorbeeld geen ambtenaren in dienst hebben of zelfstandig contracten sluiten. Wanneer het gemeenschappelijk orgaan over een ambtelijke dienst moet beschikken, dan dient deze dus te worden ondergebracht bij bijvoorbeeld een van de deelnemers van de GR. Ook kan aan het gemeenschappelijk orgaan geen verordenende bevoegdheid worden toegekend. Het instellen van een gemeenschappelijk orgaan is alleen aangewezen bij regelingen van zeer eenvoudige aard, waarbij rechtspersoonlijkheid dus niet is vereist.

3) **Centrumconstructie**¹¹⁹⁾

Bij een centrumconstructie wordt een waterschap aangewezen die namens één of meer andere waterschappen bepaalde bevoegdheden uitoefent. Het gaat daarbij om mandatering van taken en bevoegdheden, niet om overdracht (delegatie). Hierdoor blijven de bevoegdheden geheel bij de afzonderlijke waterschappen liggen. Een centrumconstructie heeft geen rechtspersoonlijkheid. De zeggenschap over de uitvoering van de samenwerkingstaken blijft bij de deelnemende waterschappen liggen. Het waterschap dat de centrumfunctie invult, heeft echter als enige zeggenschap over personele zaken. Een niet-centrumwaterschap heeft zodoende niet de mogelijkheid om via de normale ambtelijk-hiërarchische weg (bij) te sturen. Het centrumwaterschap richt voor de uitvoering van de samenwerkingstaken een dienst in (dan wel maakt gebruik van een bestaande dienst) die onder leiding van het bestuur van dit waterschap uitvoering geeft aan deze taken in zowel het eigen waterschap als voor de andere deelnemende waterschappen.

4) **Gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam**¹²⁰⁾

De gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam kent drie organen: een algemeen bestuur (AB), een dagelijks bestuur (DB) en een voorzitter. Uit het midden van het AB wordt het DB van de organisatie en de voorzitter gekozen. Het belangrijkste kenmerk van de gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam is dat het een zelfstandige rechtspersoon is met bijbehorende eigen bevoegdheden. Daardoor kan de gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam zelfstandig deelnemen aan het rechtsverkeer, wat onder meer betekent dat het openbaar lichaam eigen personeel in dienst kan nemen en zelfstandig rechtshandelingen kan verrichten. Na oprichting heeft het bestuur van het openbaar lichaam uitsluitend organisatorische bevoegdheden, zoals de bevoegdheid de jaarrekening en begroting vast te stellen of de bevoegdheid privaatrechtelijke rechtshandelingen

te verrichten. Er kan pas over publiekrechtelijke bevoegdheden worden beschikt, nadat deze expliciet zijn gedelegeerd of gemandateerd door deelnemende waterschappen. Echter, aan het bestuur van een openbaar lichaam kan niet de bevoegdheid worden overgedragen andere belastingen te heffen dan de rechten bedoeld in artikel 115 van de Waterschapswet en ook niet de bevoegdheid belastingen te heffen of anderszins algemeen verbindende voorschriften te geven.

5) **De bedrijfsvoeringsorganisatie**¹²¹⁾

Met de wijziging van de Wgr per 1 januari 2015¹²²⁾ kan bij regeling waaraan uitsluitend DB's ('colleges') van waterschappen kunnen deelnemen, een bedrijfsvoeringsorganisatie (hierna: bvo) worden ingesteld. Het gaat dan om een samenwerkingsverband dat uitsluitend wordt getroffen ter behartiging van de sturing en beheersing van 'beleidsarme' ondersteunende processen en uitvoeringstaken van de deelnemers (bijvoorbeeld de behartiging van uitvoeringstaken en aangelegenheden op het gebied van bedrijfsvoering, zoals personeel, informatievoorziening, organisatie, financiën, inkoop en huisvesting). De bvo heeft slechts één orgaan (het bestuur) en kent geen gelede structuur met een algemeen en dagelijks bestuur zoals bij een openbaar lichaam. Met een bvo wordt een nieuwe organisatie met rechtspersoonlijkheid in het leven geroepen. Dit houdt bijvoorbeeld in dat de bvo zelfstandig personeel aan kan nemen en deel kan nemen aan het economisch verkeer (bijvoorbeeld overeenkomsten aangaan).

Private partijen als deelnemer in een gemeenschappelijke regeling

Bij de publiekrechtelijke samenwerking in een gemeenschappelijke regeling kunnen ook privaatrechtelijke rechtspersonen deelnemen¹²³⁾. Voordat een privaatrechtelijke rechtspersoon kan deelnemen, moet eerst machtiging aan de Kroon worden gevraagd. Deze machtiging wordt bij Koninklijk Besluit verleend en bekendgemaakt in de Staatscourant. Wel moet bedacht worden dat bij deze private deelneming de Kroon steeds de mogelijkheid heeft om de machtiging in te trekken en dat de criteria op basis waarvan de Kroon besluit tot machtiging niet formeel zijn vastgelegd en op voorhand niet duidelijk zijn.

Publiekrechtelijke overeenkomsten

Waterschappen kunnen ook op basis van publiekrechtelijke overeenkomsten samenwerken. Voorbeelden hiervan zijn onder meer een bevoegdhedenovereenkomst of een (bestuurs)convenant tussen waterschappen. Afhankelijk van de inhoud van dergelijke overeenkomsten kunnen er voor de deelnemende waterschappen rechten en plichten uit volgen. Opgemerkt wordt dat met deze overeenkomsten geen rechten of plichten voor derden in het leven geroepen kunnen worden omdat zij geen partij zijn. Door deze overeenkomst ontstaat er ook geen rechtspersoon die kan deelnemen aan het rechtsverkeer.

Private partij als deelnemer

118) Bijvoorbeeld: 'Gemeenschappelijke regeling Samenwerking op het gebied van het laboratorium tussen het Hoogheemraadschap De Stichtse Rijnlanden en het Waterschap Rivierenland'.
119) Bijvoorbeeld: 'Meervoudige centrumregeling Waterschappen Aa en Maas, Brabantse Delta, De Dommel'.
120) Bijvoorbeeld: 'Het Waterschapshuis', Gemeenschappelijke Regeling Aquon.

121) Bijvoorbeeld: 'Gemeenschappelijke regeling Belastingssamenwerking gemeenten en hoogheemraadschap Utrecht'.
122) Wet van 9 juli 2014 tot wijziging van de Wet gemeenschappelijke regelingen, Staatsblad 2014, 306, publicatie inwerkingtreding in Staatsblad 2014, 466.
123) Zie artikel 93 onder a van de Wet gemeenschappelijke regelingen.

6.3.3 Privaatrechtelijke vormen

Waterschappen kunnen, zoals reeds eerder aangegeven in dit hoofdstuk, gebruik maken van het privaatrecht en privaatrechtelijke rechtspersonen oprichten en/of daarin deelnemen¹²⁴⁾. Waterschappen kunnen dus ook samen, of met andere publiekrechtelijke partijen, een privaatrechtelijk rechtspersoon oprichten of daarin deelnemen. Hieronder volgt een opsomming van de privaatrechtelijke rechtspersonen:

1) Besloten - en naamloze vennootschappen (BV en NV¹²⁵⁾)

De oprichting van een BV door waterschappen geschiedt door een notariële oprichtingsakte, uitgifte van aandelen en inschrijving bij de Kamer van Koophandel¹²⁶⁾. Aandeelhouders kunnen recht hebben op dividend en/of stemrecht uitoefenen en dragen alleen risico voor hun financiële inleg in de aandelen. Bij de BV is de aansprakelijkheid beperkt, maar bij wanbeheer en/of malversaties kunnen bestuurders in privé aansprakelijk worden gesteld in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid. De NV is juridisch vergelijkbaar met de BV, met het verschil dat er bij de NV wel een minimum kapitaalvereiste geldt (€ 45.000) en dat de aandelen vrij verhandelbaar zijn. Indien aan bepaalde eisen¹²⁷⁾ wordt voldaan, moet de vennootschap worden omgezet in een ‘structuurvennootschap’.

2) Stichting¹²⁸⁾

Een stichting wordt opgericht om een bepaald doel te verwezenlijken. Voor de oprichting door een waterschap is een notariële akte en inschrijving bij de Kamer van Koophandel vereist. De behaalde winst van een stichting mag niet worden uitgekeerd aan de oprichters en bestuurders, maar moet gebruikt worden voor het doel van de stichting. Men spreekt daarom wel van een ‘doelvermogen’. Bij de stichting is de aansprakelijkheid beperkt, maar bij wanbeheer kan het bestuur in privé aansprakelijk worden gesteld.

3) Vereniging¹²⁹⁾ en 4. Coöperatie¹³⁰⁾

De vereniging is een rechtspersoon met leden (ledenvergadering) met een bepaald doel. De vereniging kent de wettelijke beperking dat er geen winst onder haar leden verdeeld mag worden. De coöperatie is een bijzondere vorm van de vereniging. Het kenmerk van een coöperatie is dat winstuitkeringen aan de leden, in tegenstelling tot bij een gewone vereniging, juist wel mogelijk is. Een ander verschil is dat de coöperatie moet voorzien in ‘stoffelijke behoeften van de leden’ (= alle behoeften op economisch vlak) en dat de waterschapsleden naast hun lidmaatschap overeenkomsten aangaan

124) Let op de beperkingen die in het hoofdstuk over het wettelijke kader worden genoemd.

125) Bijvoorbeeld: NieuWater B.V., N.V. HVC (aandeelhouders zijn waterschappen en gemeenten) en N.V. Slibverwerking Noord-Brabant (SNB).

126) Door de flexibilisering van het BV-recht per 1 oktober 2012 is het gemakkelijker om gebruik te maken van deze rechtsvorm; er is bijvoorbeeld geen verplichte storting meer van een minimumkapitaal van tenminste € 18.000, er is geen bankverklaring nodig en zijn er meer mogelijkheden om de sturing (aandeelhouderschap) op de vennootschap los te koppelen van stem- of winstrecht (vanaf 1 oktober 2012 kunnen er stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen worden uitgegeven, een aandeel kan echter niet zowel stemrechtloos als winstrechtloos zijn).

127) Gedurende drie jaar: kapitaal € 16 miljoen, meer dan 100 medewerkers en een OR ingesteld.

128) Bijvoorbeeld: Stichting Duurzame Energie- en Ontwikkelingsmaatschappij Flevoland, Stichting Toegepast Onderzoek Waterbeheer (STOWA), Stichting Waternet.

129) Bijvoorbeeld: Unie van Waterschappen, Vereniging van Zuiveringsbeheerders (VvZB).

130) Bijvoorbeeld: Coöperatie Streekontwikkeling Boven-Dommel.

met de coöperatie die de onderneming drijft met een winstoogmerk of het oogmerk van kostenbesparing. Ten slotte is onderscheidend dat leden van een coöperatie hun aansprakelijkheid statutair kunnen beperken.

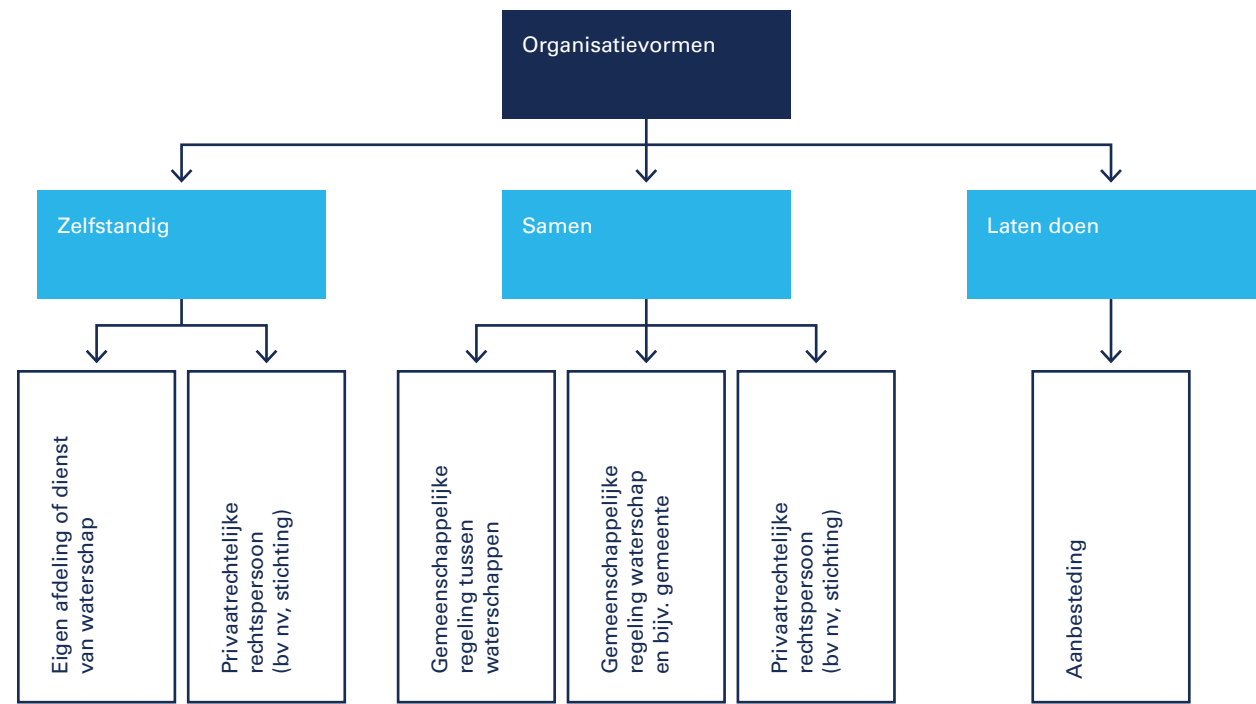
6.3.4 Combinatie publiek en privaat

Waterschappen kunnen ook samenwerken met private bedrijven in een van de bovenstaande privaatrechtelijke vormen. Deze vorm van samenwerking wordt een ‘joint venture’ of ‘special purpose vehicle (SPV) genoemd¹³¹⁾. Een joint venture of SPV in de vorm van bijvoorbeeld een BV houdt in dat het waterschap en een private partij beide een bepaald percentage van de aandelen houden in de BV, dus gezamenlijk eigenaar zijn.

Ook kan in de vorm van een combinatie van publiek en privaat worden samengewerkt: publiek-private samenwerking (PPS). Deze vorm is reeds eerder beschreven in het hoofdstuk over het aanbestedingsrecht.

6.3.5 Schematische weergave

De keuze voor een organisatievorm in het kader van het samenwerken of zelfstandig produceren en leveren van duurzame energie of grondstoffen kan als volgt schematisch worden weergegeven:



Het is bij dit schema van belang om op te merken dat bij de samenwerkingsvormen een eigen afweging wordt gemaakt door de waterschappen (en andere deelnemers). Indien bijvoorbeeld het uitkeren van winst een belangrijk afwegingspunt is voor een waterschap bij het op te richten energie- of grondstoffenbedrijf, dan kan dat

131) ‘Joint venture’ en ‘SPV’ zijn toegepaste begrippen uit het Angelsaksisch recht. Het zijn geen wettelijke begrippen en zijn als zodanig ook niet opgenomen in het Burgerlijk Wetboek.

Financieel risico beperkt tot bedrag aandelen

Publiek-private samenwerking

Doelvermogen

Geen winst

Winstuitkeringen

bij een BV, NV of coöperatie en liggen de stichting of gemeenschappelijke regeling als samenwerkingsvorm niet voor de hand omdat bij deze vormen geen winsten uitgekeerd kunnen worden. Is bijvoorbeeld het gemakkelijk toetreden van nieuwe deelnemers / waterschappen relevant als afwegingspunt voor een waterschap - bijvoorbeeld omdat er meer investeringskapitaal benodigd is om bijvoorbeeld een demo-installatie te bouwen of te investeren in nieuwe technologie vanwege beoogde efficiëntievoordelen of dat risico's over meerdere waterschappen gespreid moeten worden, dan is het logischer om te kiezen voor een NV of 'geflexibiliseerde' BV met vrij overdraagbare aandelen of het uitgeven van nieuwe aandelen; de samenwerkingsvormen vanuit de Wgr liggen minder voor de hand omdat bij deze publiekrechtelijke vormen diverse toestemmingen gegeven moeten worden door deelnemende waterschappen of zelfs de Kroon alvorens een private partij mag toetreden.

6.4 Uitdagingen en mogelijke oplossingen

Bij het samenwerken in zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke vormen bestaan er vele uitdagingen. Deze uitdagingen hangen voor een groot deel samen met de concrete inrichting van statuten of de tekst van een gemeenschappelijke regeling. Op hoofdlijnen worden hieronder een aantal uitdagingen geschetst en oplossingsrichtingen aangedragen.

Grip en sturing bij een gemeenschappelijke regeling

Bij een gemeenschappelijke regeling met een openbaar lichaam is een directe sturing door de bestuurders van de deelnemende waterschappen van nature geborgd door de positie die zij hebben in het AB en DB van het gemeenschappelijk openbaar lichaam. In de praktijk blijkt echter dat het inrichten en adequaat invullen van de formele verantwoordings- en inlichtingenplicht tussen het gezamenlijke uitvoeringsbedrijf met het DB en AB en de deelnemende waterschappen binnen de gemeenschappelijke regeling niet gemakkelijk is, waardoor het gevoel kan ontstaan dat sturing en nabijheid verminderen. Om toch meer grip te hebben als deelnemer¹³²⁾, kan in de tekst van de gemeenschappelijke regeling bijvoorbeeld worden opgenomen dat er (periodiek) eerst een ambtelijk afstemmings-/vooroverleg wordt gehouden tussen het gezamenlijke uitvoeringsbedrijf en de deelnemende waterschappen, voordat het betreffende onderwerp in het DB wordt besproken. Door deze afstemmingsmomenten kunnen deelnemende waterschappen dichter op de materie zitten en kunnen zij bijvoorbeeld integraal beleid waarborgen. Ook valt te denken aan het toevoegen van ambtenaren aan overleggen van het DB en/of AB, bijvoorbeeld als adviserend lid of toehoorder, zodat een bepaalde mate van verbinding gewaarborgd is vanuit deelnemende waterschappen.

Private versus publieke belangen

Bij samenwerking in private rechtsvormen moeten waterschappen rekening houden met het zelfstandige belang van die private rechtsvorm. Zo heeft de vennootschap een eigen ondernemingsbelang (bijvoorbeeld het belang van de gezamenlijke aandeelhouders) alsook het vennootschapsrechtelijke belang (bijvoorbeeld het voortbestaan van de vennootschap zelf). Deze belangen kunnen haaks staan op de publieke

belangen die voor het waterschap juist als uitgangspunt moeten gelden. In de statuten van een vennootschap kunnen bijvoorbeeld publieke belangen / doelstellingen van duurzaamheid of 'circulair' een plek krijgen (en daarmee is extern kenbaar dat deze belangen er zijn), maar dat betekent niet automatisch dat deze belangen direct prevaleren boven de private of ondernemingsbelangen. De leidinggevende organen van een vennootschap moeten zich namelijk primair richten op het vennootschapsbelang, met inachtneming van relevante 'buitenvennootschappelijke belangen'.¹³³⁾

Risico van vennootschap

De vennootschap die deelneemt aan het rechtsverkeer is aansprakelijk voor de schulden die daarbij ontstaan. Zij die namens de vennootschap handelen - bestuurders of anderen - zijn in beginsel niet aansprakelijk. Indien waterschappen aandeelhouders zijn, zijn zij niet aansprakelijk; zij zijn slechts tegenover de vennootschap verplicht hun aandelen vol te storten. Een vennootschap die slecht rendeert en uiteindelijk faillieert, houdt op te bestaan en alle vermogensbestanddelen (gebouwen, machines, et cetera.) behoren tot de faillissementsboedel. De eigenaren van de vennootschap zijn dus met het omvallen van de vennootschap in principe alles kwijt. Om dit risico enigszins op te vangen, kan een holdingconstructie¹³⁴⁾ in het leven worden geroepen.

Bij de constructie van een holding (BV of NV) met daaronder een of meer dochter-BV's (= werkmaatschappij) is er sprake van een groep (van BV's). De holding BV/NV krijgt aandelen in de dochter-BV('s). Bij de holdingconstructie vinden de bedrijfsactiviteiten, bijvoorbeeld productie van energie, plaats in de dochter-BV('s). Het voornaamste verschil met een BV/NV zonder holding is dat het met een holding mogelijk wordt om in de holding BV/NV het bedrijfspand of ander onroerend goed, winst, patenten en andere waardevolle zaken / machines onder te brengen, die buiten een faillissement kunnen blijven van een dochter-BV. Op deze wijze is het mogelijk de continuïteit beter te waarborgen en de risico's van de bedrijfsactiviteiten van de dochter-BV buiten de holding en de eigenaren van de holding te houden¹³⁵⁾.

Sturing en toezicht op vennootschap

Voor een waterschap is er geen mogelijkheid voor een rechtstreeks instructierecht aan 'hun' vennootschap.¹³⁶⁾ Bij een vennootschap kan de invloed¹³⁷⁾ direct gerealiseerd worden door de positie van aandeelhouder, dus gebruikmakend van het aan het aandeel verbonden stemrecht. Sturing op de samenwerkingsorganisatie als aandeelhouder op het bestuur van een vennootschap kan hierbij op drie manieren plaatsvinden. Ten eerste door het statutair opdragen van bestuurstaken aan de algemene vergadering van aandeelhouders (ava). De bestuursbevoegdheid van de ava kan echter nooit zover gaan dat zij de vennootschap bestuurt; die bevoegdheid hoort bij het bestuur zelf. Daarnaast kan gebruik gemaakt worden van de statutaire instructiebevoegdheden¹³⁸⁾, zij het dat het hier gaat om algemene instructies en dat

133) Vergelijk *Van de NV en BV*, P. van Schilfgaarde (2013).
134) Zie het hoofdstuk Fiscaal recht voor de Btw en Vpb-gevolgen (van samenwerking).
135) Zie het hoofdstuk Fiscaal recht voor onder meer de Btw en Vpb-gevolgen voor vennootschappen.
136) Vergelijk *Gemeenschappelijk recht*, Scheltema (2013).
137) Zie voor samenwerking in een BV en de invulling van andere rollen het artikel 'Samenwerken in een bv: aandeelhouder, bestuurder of commissaris?', Mr. L.W. Kelterman in *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging*, nummer 2 – april 2016 (pagina 28-33).
138) Zie art. 2:129 van het Burgerlijk Wetboek.

132) Zie voor meer praktijktips de publicatie: 'Grip op regionale samenwerking, Handreiking voor gemeenteraadsleden en griffiers, Sdu 2015. Hoewel deze publicatie geschreven is voor gemeenten, zijn de praktijktips ook toepasbaar bij waterschappen die deelnemer in een GR zijn.

Verantwoordings- en inlichtingenplicht

Ondernemingsbelang

Aansprakelijk voor de schulden

Holdingconstructie

concrete instructies niet mogelijk zijn aan het bestuur. Ten slotte kan gebruik worden gemaakt van de (statutaire) goedkeuringsbevoegdheden door de ava (bijvoorbeeld goedkeuring voor een statutenwijziging).

6.5 Risicoanalyse

Met betrekking tot de risico's op bijvoorbeeld het gebied van het aanbestedingsrecht, mededinging, staatssteun en fiscale onderwerpen wordt verwezen naar de desbetreffende hoofdstukken waarin oplossingsrichtingen worden benoemd. Hiervoor zijn reeds verschillende juridische risico's beschreven. Daarnaast is er ook een aantal andere (bestuurlijke) risico's.

Democratische legitimatie

Ten eerste de democratische legitimatie van de samenwerking. Bij de samenwerkingsvormen vanuit de Wgr is dit gewaarborgd door de deelname van waterschapsbestuurders in de gemeenschappelijke regeling. Bij de private varianten van samenwerking is het maar de vraag of deze democratische legitimatie voldoende gewaarborgd is. Indien bijvoorbeeld het bestuur van een vennootschap bestaat uit externe bestuurders (dus geen waterschapsbestuurders), kan het gevoel ontstaan dat de democratische legitimiteit tekortschiet. Indien waterschapsbestuurders deelnemen in een dergelijk bestuur van een vennootschap, kan zich tevens de dubbele-petten problematiek voordoen: aandeelhouder en hierdoor eigenaar, én opdrachtgever vanuit het waterschap én bestuurder in die vennootschap.

Energiefabriek RWZI Tiburg Noord



Een ander concreet risico van samenwerking is dat het waterschap een deel van zijn soevereiniteit moet inleveren. Samenwerken betekent normaliter het delen van macht / invloed met de partner(s). Voorheen kon het waterschap eigen keuzes maken, maar bij samenwerking is er altijd een besluitvormingsprocedure waarbij gestemd moet worden over zaken waarbij een bepaalde stemverhouding geldt.

Soevereiniteit

Bij het gebruik maken van een vennootschap (BV/NV) door waterschappen bestaat er onduidelijkheid over de risico's van het aandeelhouderschap. Juridisch zijn de aandeelhouders (lees: de waterschappen) echter niet aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en zijn zij slechts tegenover de vennootschap verplicht hun aandelen vol te storten. Aandeelhouders zijn in beginsel niet gehouden boven het bedrag dat op het aandeel dient te worden gestort bij te dragen in de verliezen van de vennootschap, tenzij bijvoorbeeld statutair anders is bepaald. Deze beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders is een van de belangrijkste kenmerken van de vennootschap en maakt deze rechtsvorm bij uitstek geschikt voor het drijven van een onderneming waaraan enig risico verbonden is. Daarnaast is een bestuurder van een vennootschap in beginsel ook niet aansprakelijk voor schulden van de vennootschap (tenzij er bijvoorbeeld sprake is van onbehoorlijk bestuur) omdat hij als bevoegde vertegenwoordiger optreedt namens de vennootschap en dus zichzelf privé niet bindt. Naast bovenstaande risico's draagt een door een waterschap opgerichte 'overheidsvennootschap' ook de risico's die een 'normale' vennootschap heeft, bijvoorbeeld schadeclaims van derde partijen of ingebrekestelling bij niet nakoming van verplichtingen.

Beperkte aansprakelijkheid

6.6 Checklist

Zie bijlage 1 voor een afwegingskader waarin op hoofdlijnen de diverse rechtsvormen met elkaar worden vergeleken.



Fiscaal recht

Hoofdstuk 7



7.1 Samenvatting Omzetbelasting / BTW

Bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen kan een waterschap te maken krijgen met drie verschillende belastingen: omzetbelasting (btw), vennootschapsbelasting en energiebelasting. Aangezien deze verschillende belastingen eigen begrippen kennen en afzonderlijk moet worden getoetst of het waterschap met één of meerdere belastingen wordt geconfronteerd, wordt in dit hoofdstuk afzonderlijk op deze belastingen ingegaan.

Een waterschap wordt geconfronteerd met btw indien het waterschap goederen en/of diensten inkoopt of het waterschap goederen en/of diensten levert en daarvoor een vergoeding (in geld, natura of via een ruiltransactie) ontvangt. Naast de administratieve verplichtingen (eisen administratie, doen van btw-aangifte, et cetera) heeft het btw-ondernemerschap voor het waterschap - tenzij een btw-vrijstelling van toepassing is - tot gevolg dat het waterschap over de vergoeding btw in rekening dient te brengen. Daar staat vervolgens weer tegenover dat inkoop-btw in aftrek mag worden gebracht. Btw-heffing kan niet alleen aan de orde komen bij het opwekken/producen en leveren van energie en grondstoffen, maar bijvoorbeeld ook bij samenwerkingen op dat gebied. Afhankelijk van de gekozen samenwerkingsvorm kan het samenwerkingsverband of kunnen de deelnemers zich kwalificeren als btw-ondernemer ter zake van de onderlinge dienstverlening en het doorbelasten van kosten. Ook het detacheren van personeel in dit kader is in principe een btw-belaste ondernemersactiviteit.

Inlaat TEO Wageningen:
Warmte uit de stadsgracht voor
200 appartementen van het
woonzorgcomplex Torckdeal, het
Systeem bevordert de doorstroming
van de gracht en zorgt voor
koeler en zuurstofrijker water.

Btw-heffing heeft tot gevolg dat de toerekenbare inkoop-btw in aftrek kan worden gebracht. Btwheffing hoeft dan ook niet altijd nadelig te zijn. Indien de btw een kostenpost vormt (omdat de btw bijvoorbeeld niet in aftrek kan worden gebracht), zijn er diverse mogelijkheden om btw-heffing toch te voorkomen. Daarbij kan worden gedacht aan toepassing van het leerstuk van kosten voor gemene rekening, de koepelvrijstelling, het arrest EDM (consortiumgedachte) of één van de goedkeuringen bij het uitlenen van personeel.

7.2 Omzetbelasting: beschrijving van het fiscale landschap

In Nederland wordt de omzetbelasting geheven volgens het Europese btw-systeem. Alle landen die bij de EU zijn aangesloten, zijn namelijk verplicht om bij de levering van goederen en het verrichten van diensten een belasting te heffen over de toegevoegde waarde (btw). Deze verplichting is nader uitgewerkt in de btw-richtlijn (Richtlijn 2006/112/EG). De regels die in de btw-richtlijn zijn verwoord, dienen door alle lidstaten in de nationale wetgeving te worden overgenomen. Daarbij geldt voor sommige regelingen dat er een keuze bestaat tussen het wel of niet overnemen, de zogenoemde ‘kan’-bepalingen. In Nederland is de btw-richtlijn overgenomen in de Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB) en bijbehorende regelingen.¹³⁹⁾ Belastingplichtigen dienen zich in eerste instantie te houden aan de nationale wetgeving. Mocht een bepaling uit de btw-richtlijn echter gunstiger zijn, dan kan een belastingplichtige zich - in tegenstelling tot de Belastingdienst - rechtstreeks op de btw-richtlijn beroepen. Dit geldt uiteraard niet voor de kanbepalingen.

7.2.1 Hoedanigheid waterschap

Een waterschap kan voor de omzetbelasting (hierna: btw)¹⁴⁰⁾ in drie hoedanigheden optreden:

- als overheid
- als niet btw-ondernemer.
- als btw-ondernemer.

Alleen bij het optreden als btw-ondernemer krijgt het waterschap te maken met de btw-wetgeving¹⁴¹⁾. Het is dus van belang om bij iedere activiteit van het waterschap vast te stellen in welke hoedanigheid het optreedt:

139) Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968, Besluit uitsluiting aftrek omzetbelasting 1968 (BUA) en Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968.

140) In de Nederlandse wet wordt gesproken over omzetbelasting. Deze term is overgebleven uit de oude wetgeving van voor de EU btw-richtlijnen.

141) Met btw-wetgeving wordt bedoeld dat het waterschap zelf verplichtingen vanuit de regelgeving krijgt opgelegd.



7.2.2 Waterschap treedt op als overheid/niet btw-ondernemer

Een waterschap handelt als overheid als het optreedt in het kader van een specifiek voor het waterschap geldend juridisch regime en daarbij niet in concurrentie treedt met private partijen (btw-ondernemers). Het specifieke juridische regime kan volgens de jurisprudentie worden verondersteld als het waterschap:

- uitvoering geeft aan een aan het waterschap opgedragen wettelijke taak van een hogere wetgever
- gebruik maakt van de zogenoemde overheidsprerogatieven (specifieke bevoegdheden/rechten, die uitsluitend een overheidslichaam heeft).

Als een waterschap niet handelt als overheid en voor zijn prestatie geen of slechts een symbolische vergoeding vraagt (ook niet in natura of via een ruiltransactie), treedt het waterschap op als niet btw-ondernemer. Aangezien de btw-gevolgen van deze twee hoedanigheden (overheid/niet btw-ondernemerschap) praktisch gelijk zijn, wordt hierna gesproken van overheid/niet btw-ondernemer.

7.2.3 Waterschap treedt op als btw-ondernemer

Het waterschap kwalificeert in beginsel als btw-ondernemer als niet wordt gehandeld als overheid en het waterschap voor zijn prestaties een vergoeding (ook niet in natura of via een ruiltransactie) ontvangt. Op grond van de Wet OB is namelijk eenieder die zelfstandig een bedrijf uitoefent btw-ondernemer. Als gevolg daarvan kan eenieder (volledig rechtsvormneutraal), die duurzaam (meer dan eenmaal) deelneemt aan het economisch verkeer (een prestatie verricht tegen vergoeding) een btw-ondernemer zijn, dus ook een waterschap. Het resultaat (winst beogen of niet) is daarbij niet van belang. Ook is niet van belang of de vergoeding bestaat uit een geldbedrag, in natura wordt voldaan of door middel van een ruilprestatie. Onderlinge transacties met bijvoorbeeld andere overheden (denk aan de overdracht van bruggen en overname van onderhoudsverplichtingen) zonder betaling in geld kan derhalve wel tot btw-heffing leiden.

Btw-richtlijn

Specifieke juridische regime

Rechtsvormneutraal

Uit praktisch oogpunt kan worden gesteld dat een waterschap handelt als btw-ondernemer voor zover het tegen vergoeding werkzaamheden verricht, die verder gaan dan de strikt wettelijk opgedragen taak.

Voorbeelden zijn:

- het verhuren van onroerende zaken (let op: de verhuur van onroerende zaken is in beginsel btw-vrijgesteld, tenzij geopteerd is voor btw-belaste verhuur of sprake is van de verhuur van werktuigen/machines of parkeerplaatsen)
- het leveren van onroerende zaken (let op: de levering van een onroerende zaak is btw-vrijgesteld, tenzij wordt geopteerd voor een btw-belaste levering of sprake is van een bouwterrein/nieuw gebouw (< 2 jaar in gebruik).
- het detacheren van personeel
- het verzorgen van onderhoud aan installaties van derden
- het leveren van zand
- het ten behoeve van derden verzorgen van laboratoriumwerkzaamheden
- het ten behoeve van andere waterschappen e.d. verzorgen van ongediertebestrijding
- het uitvoeren van gemeentelijke taken op het gebied van watergangen e.d.
- het tegen vergoeding leveren van tot compost vervaardigde slib
- het tegen vergoeding aan derden leveren van warmte, elektriciteit e.d.

7.4.2 Gevolgen btw-ondernemerschap waterschap

Indien een waterschap optreedt als btw-ondernemer:

- a) dient het over zijn prestaties btw in rekening te brengen naar het juiste tarief
- b) mag het de toerekenbare inkoop-btw in geheel of gedeeltelijk in aftrek brengen
- c) dient het periodiek btw-aangifte te doen
- d) dient het te voldoen aan de administratieve verplichtingen.

a) Tarief en vrijstellingen

Iedere activiteit van een btw-ondernemer in het economisch verkeer is in beginsel btw-belast met 21% (algemene tarief). Indien de prestaties echter zijn opgenomen in één van de bij de Wet OB behorende tabellen, is het verlaagde tarief (6%) of het nultarief (0%) van toepassing.

Voor bepaalde limitatief in de btw-wetgeving opgesomde activiteiten geldt een btw-vrijstelling. Te denken valt aan de levering en verhuur van onroerende zaken (let op: kan ook btw-belast zijn), zorg en medische diensten, onderwijs, sociaal-culturele, levensbeschouwelijke, maatschappelijke activiteiten en dergelijke. Als gevolg van de btw-vrijstelling is voor deze activiteiten geen btw verschuldigd.

Let op: btw-vrijgesteld is niet hetzelfde als belast met 0%. Bij belast met 0% is, in tegenstelling tot btw-vrijgesteld, de prestatie wel btw-belast en bestaat recht op aftrek (zie onderdeel b hierna).

b) Recht op aftrek

Een waterschap kan alleen de btw op kosten en investeringen (inkoop-btw) in aftrek brengen, die toerekenbaar is aan zijn btw-belaste ondernemersactiviteiten. Indien de inkoop-btw toerekenbaar is aan zijn btw-vrijgestelde ondernemersac-

tiviteiten of aan zijn activiteiten als overheid/niet btw-ondernemer, blijft aftrek achterwege (btw = kostenpost).

Naast de rechtstreeks toerekenbare inkoop-btw, krijgt een waterschap ook inkoop-btw in rekening gebracht op goederen/diensten die niet rechtstreeks kunnen worden toegerekend aan btw-belaste of btw-vrijgestelde activiteiten, respectievelijk activiteiten die worden verricht als overheid/niet btw-ondernemer. Deze inkoop-btw op zogenoemde algemene kosten/investeringen (bijvoorbeeld energie-, accountants of telefoonkosten) of kosten/investeringen voor een gemengde activiteit (bijvoorbeeld een biogasinstallatie, waarmee elektriciteit wordt opgewekt voor de uitvoering van eigen wettelijke taken en het overschot wordt geleverd aan de energiemaatschappij) komt op basis van een verdeelsleutel voor aftrek in aanmerking. Daarbij dient allereerst een toerekening plaats te vinden tussen het btw-ondernemers en het overheid/niet btw-ondernemersdeel (de zogenoemde pre pro rata). Het btw-ondernemersdeel dient vervolgens te worden verdeeld tussen de btw-belaste en de btw-vrijgestelde prestaties (de zogenoemde pro rata). Volgens de hoofdregel bestaat deze pro rata uit de verhouding btw-belaste omzet/totale omzet van een btw-ondernemer. Van deze hoofdregel kan alleen worden afgeweken als een andere verhouding (bijvoorbeeld m², m³, fte's, werkplekken en dergelijke) een beter beeld geeft van het gebruik van de desbetreffende kosten¹⁴²⁾.

Pro rata

De aftrek van inkoop-btw op roerende en onroerende investeringsgoederen wordt voor de btw 5 respectievelijk 10 jaar gevolgd (ook wel herziening genoemd). Dit betekent dat in de jaren na aanschaf van het goed wordt bekeken of de oorspronkelijke aftrek van inkoop-btw wel terecht is geweest. Bij wijzigingen in gebruik kan dit leiden tot een aanvullende teruggaaf of terugbetalingsverplichting.

Indien de uitgaven van een waterschap als btw-ondernemer een consumptief karakter hebben of zien op prestaties zonder of tegen een lage vergoeding, kan het recht op aftrek worden beperkt. Daarnaast sluit het BUA de btw (gedeeltelijk) uit op goederen en diensten die worden gebruikt voor:

- het voeren van een zekere staat
- het geven van relatiegeschenken/giften aan personen/lichamen die zelf geen recht op aftrek hebben
- het doen van verstrekkingen aan het personeel.

Vorenstaande aftrekbeperking is alleen van toepassing als het waterschap de grens van € 227¹⁴³⁾ per werknemer overschrijdt.

c) Btw-aangifte

Iedere btw-ondernemer doet in beginsel per kwartaal zijn btw-aangifte digitaal via de site van de Belastingdienst met unieke inlogcodes. Btw-ondernemers die op jaarbasis niet meer dan € 1.883 aan btw moeten betalen, mogen een jaaraangifte

142) Ervaring leert dat het raadzaam is om – met name bij grote investeringen – over de (pre) pro rata afstemming met de Belastingdienst te zoeken.

143) Het gaat hier om de aanschaffings- of voortbrengingskosten exclusief btw, waarvan de btw in aftrek is gebracht.

indienen. Slechts op verzoek kan het tijdvak op een maand worden gesteld. In uitzonderlijke gevallen kan om een jaaraangifte worden verzocht.

De btw-aangifte

Op de btw-aangifte vermeldt de btw-ondernemer hoeveel btw hij is verschuldigd en hoeveel btw hij in aftrek mag brengen. Daarnaast dienen de prestaties van en naar het buitenland te worden verantwoord. Let op: indien het waterschap goederen in het buitenland koopt en/of diensten uit het buitenland afneemt, wordt de btw-heffing in beginsel naar het waterschap verlegd. Dit is in principe ook het geval als het waterschap niet handelt als btw-ondernemer¹⁴⁴⁾. Gevolg is dat het waterschap btw over de inkopen dient te voldoen. Deze btw kan alleen op dezelfde btw-aangifte weer in aftrek worden gebracht als de inkopen worden gebruikt voor btw-belaste prestaties. In veel gevallen leiden inkopen uit het buitenland derhalve tot een te betalen bedrag.

d) Administratieve verplichtingen

Iedere btw-ondernemer dient de volgende administratieve verplichtingen¹⁴⁵⁾ in acht te nemen:

- 1) Het voeren van een deugdelijke boekhouding.¹⁴⁶⁾
- 2) Het bewaren van de voor belastingheffing relevante documenten (bewaarplicht).
- 3) Het doen van opgaaf intracommunautaire prestaties (ICP) bij leveringen/diensten naar andere EU-lidstaten en Intrastat (statistiekopgaaf indien bepaalde drempels voor transacties binnen de EU worden overschreden).
- 4) Het doen van een correcte btw-aangifte.

Ad 1. Boekhouding

Iedere btw-ondernemer dient op een overzichtelijke wijze een boekhouding te voeren, waaruit te allen tijde is vast te stellen welk btw-bedrag over een bepaald tijdvak verschuldigd is. Als gevolg daarvan is de btw-ondernemer gehouden om aantekening te houden van:

- de door hem verrichte leveringen en diensten (in binnen- en buitenland)
- de aan hem verrichte leveringen en diensten
- de door hem verrichte intracommunautaire verwervingen (ICV) (transacties binnen de EU)
- de door hem verrichte invoer (van buiten de EU)
- de door hem verrichte uitvoer (naar een land buiten de EU)
- alsmede andere gegevens die van belang kunnen zijn voor de btw-heffing in Nederland of andere EU-lidstaten.

Verder dienen uiteraard alle uitgaven en ontvangsten in kas-, bank- of giroboek te worden verwerkt.

144) Voor de aankoop van goederen geldt een drempelbedrag van € 10.000.
145) Besluit van 6 december 2014, nr. BLKB2014/704M.
146) Artikel 52 van de AWR en artikel 34 Wet OB.

Ad 2. Bewaarplicht

De algemene bewaarplicht van documenten dienstbaar aan de belastingheffing is zeven jaar en voor transacties met onroerende zaken is dat tien jaar. Tot deze documenten behoren ook alle uitgaande en inkomende facturen van de btw-ondernemer.

Ad 3. Opgaaf ICP en Intrastat

Opgaaf ICP

In de opgaaf ICP dient de btw-ondernemer een specificatie op te geven van de verrichte intracommunautaire leveringen (ICL) en diensten (ICD) per afnemer¹⁴⁷⁾. De Belastingdienst stuurt de opgegeven transacties per afnemer naar de belastingdiensten van andere lidstaten ter vergelijking met de intracommunautaire verwervingen (ICV) en verleggingen bij ICD van die buitenlandse afnemer.

Let op: Voor de opgaaf ICP krijgt een btw-ondernemer niet zoals bij de btw-aangifte een melding van de Belastingdienst. De btw-ondernemer dient zelf te denken aan het indienen van de opgaaf ICP. De opgaaf ICP moet digitaal worden ingediend. De opgaaf ICP is te vinden via het beveiligde gedeelte van de site van de Belastingdienst onder ‘Overige formulieren’.

Opgaaf aan het CBS (Intrastat)

Btw-ondernemers zijn verplicht om voor hun intracommunautaire transacties (ICL/ICV) boven het drempelbedrag een opgaaf aan het CBS te doen. Deze drempelbedragen zijn:

- ICV's op jaarbasis > € 1.000.000
- ICL'en op jaarbasis > € 1.200.000.

De opgaaf aan het CBS geldt niet voor de intracommunautaire diensten van de btw-ondernemer.

7.2.5 Jurisprudentie en goedkeuringen

*Waterschap brengt compost niet als overheid op de markt*¹⁴⁸⁾

Het waterschap Rijn en IJssel gebruikt een installatie waarin het door het waterschap verzamelde rioolafvalwater wordt gezuiverd. Een deel van het slib dat na zuivering overblijft, wordt door private ondernemers verwerkt tot compost en vervolgens door het waterschap verkocht. De vraag is of het waterschap voor deze werkzaamheden (verwerken en verkopen van compost) optreedt als btw-ondernemer.

Het Hof Arnhem oordeelde in zijn uitspraak dat het verwijderen van slib een onlosmakelijk deel van het zuiveringsproces is. Het slib is een restproduct van het zuiveringsproces en het waterschap trad volgens het hof op als btw-ondernemer. De Hoge Raad vindt de omstandigheid dat het vervaardigen van slib in samenhang met overheidsactiviteiten wordt verricht niet van belang. Volgens de Hoge Raad is bij

Restproduct

147) Het gaat hierbij om transacties (leveringen en diensten) aan afnemers in andere EU-lidstaten die beschikken over een btw-identificatienummer.
148) HR 2 november 2001, nr. 36.519, ECLI:NL:HR:2001:AD5038 en Hof Arnhem 14 augustus 2000, nr. 98/3125, ECLI:NL:GHARN:2000:AA7470.

het beantwoorden van de vraag of het waterschap optreedt als overheid van belang of het waterschap de werkzaamheden verricht in het kader van het specifiek voor het waterschap geldende juridische regime. Nu het waterschap de in zijn opdracht door derden geproduceerde compost onder dezelfde juridische voorwaarden als particuliere ondernemers op de markt brengt, is van een specifiek juridisch regime geen sprake. Het waterschap handelt als btw-ondernemer.

Geen recht op herziening bij verkoop rioolwaterzuiveringsinstallatie149)

Het waterschap Zeeuws-Vlaanderen heeft een rioolwaterzuiveringsinstallatie (rwzi) laten bouwen, die het waterschap gebruikt voor de uitvoering van zijn wettelijke taken. Op dat moment kwam het waterschap dan ook niet in aanmerking voor aftrek van in rekening gebrachte inkoop-btw. Een aantal jaren later besluit het waterschap om de rwzi te verkopen. Bij de verkoop van de rwzi gaat het waterschap ervan uit dat het optreedt als btw-ondernemer en opteert het voor een met btw belaste levering. Omdat de rwzi nog niet ouder is dan 10 jaar, wil het waterschap via de zogenoemde herzieningsregels een deel van de inkoop-btw op de bouwkosten alsnog in aftrek brengen.

De vraag of het waterschap recht heeft op herziening wordt voorgelegd aan het Hof van Justitie (HvJ). Volgens het HvJ is de hoedanigheid op het tijdstip van aankoop van belang. Alleen diegene die als btw-ondernemer handelt op het tijdstip van aanschaf, heeft recht op aftrek van voorbelasting. Het waterschap had geen recht op herziening. De rwzi was immers aangeschaft en gebruikt als overheid voor de uitvoering van wettelijke taken. Dat het waterschap bij verkoop had geopteerd voor een btw-belaste levering was volgens het HvJ niet van belang.

Tegen vergoeding verzorgen van (huis)aansluiting is btw belast150)

Een Duitse publiekrechtelijke vereniging van gemeenten en steden (Zweckverband zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung Torgau-Westelbien) leverde drinkwater en verwerkte afvalwater. Daarnaast verzorgde de vereniging op verzoek van eigenaren van woningen tegen vergoeding individuele (huis)aansluitingen. Ter discussie stond of in Duitsland het verlaagde of het normale btw-tarief van toepassing was.

Het HvJ beantwoordt eerst de vraag of de vereniging als btw-ondernemer optreedt voor de aansluitingen. Volgens het HvJ is de individuele aansluiting absoluut noodzakelijk voor de terbeschikkingstelling van water. Aangezien een publiekrechtelijk lichaam bij de levering van water in concurrentie treedt met private partijen, kwalificeert een publiekrechtelijk lichaam hiervoor als btw-ondernemer. Het feit dat de (huis)aansluitingen als overheid worden verricht, doet daar niets aan af. De vereniging kwalificeert voor de aansluitingen als btw-ondernemer.

Geen btw-ondernemerschap bij het uitvoeren van straatwerken151)

Exploitanten van elektrische, gas- en waterleidingen en centrale antenne- en telefoonkabels verrichten aan die leidingen en kabels regelmatig werkzaamheden. Om

dat mogelijk te maken voeren publiekrechtelijke lichamen, waaronder waterschappen, straatwerken uit (openbreken en herstellen van straten, wegen en dergelijke) of zij laten die werkzaamheden door derden uitvoeren. De kosten hiervan worden vervolgens doorberekend aan de exploitanten van de leidingen en kabels. Volgens de staatssecretaris treedt het waterschap hierbij niet op als btw-ondernemer, maar hebben de ontvangsten het karakter van een schadevergoeding. Dit betekent dat over de ontvangen bedragen geen btw is verschuldigd en dat het waterschap ook geen recht heeft op aftrek van inkoop-btw. Op basis van een goedkeuring mag het waterschap echter toch handelen als btw-ondernemer. Aan de exploitant van de leidingen en kabels dient hij dan een factuur met btw uit te reiken en de op de straatwerken drukkende inkoop-btw komt voor aftrek in aanmerking.

7.3 Handreiking omzetbelasting in relatie tot energie en grondstoffen

7.3.1 Analyse van de mogelijkheden

Bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen rijst voor de btw in eerste instantie de vraag in welke hoedanigheid het waterschap optreedt. Treedt het waterschap op als btw-ondernemer, dan wordt het immers geconfronteerd met de btw-wetgeving. Treedt het waterschap op als niet btw-ondernemer of als overheid, dan blijft btw-heffing achterwege.

Om te beoordelen in welke hoedanigheid een waterschap optreedt, is het van belang om vast te stellen of het waterschap een prestatie voor een derde verricht en of dat het waterschap voor die prestatie een direct aanwijsbare vergoeding ontvangt.

Let op: als vergoeding wordt niet aangemerkt de heffing die het waterschap van overheidswege int, zoals waterschapsbelasting, zuiveringslasten et cetera.

Indien het waterschap energie opwekt en/of grondstoffen produceert, die vervolgens tegen een meer dan symbolische vergoeding worden verkocht, treedt het waterschap op als btw-ondernemer. De levering van energie/grondstoffen is dan in beginsel belast met 21% btw. Uitzondering hierop vormt:

- de levering van water¹⁵²⁾ (belast met 6% btw)
- de levering van gas en minerale olie aan tuinbouwers voor de verwarming ter bevordering van het groeiproces van tuinbouwproducten (belast met 6%). Om het 6%-tarief te mogen toepassen, dient het waterschap wel in het bezit te zijn van een door de tuinbouwer ondertekende verklaring

152) Met ‘water’ wordt bedoeld: leidingwater, gedestilleerd water, warm water en het water dat wordt aangemerkt als voedingsmiddel (bijv. gedemineraliseerd en gesteriliseerd water). De staatssecretaris heeft daarnaast goedgekeurd dat ook ‘ander’ water, ook wel aangeduid als B-water, grijs water of huishoud/industrie/landbouwwater en regenwater onder het 6%-tarief valt. Hierbij gaat het om in mindere mate gezuiverd oppervlaktewater dat niet voor menselijke consumptie geschikt is, maar wel bruikbaar is voor niet-consumptieve doeleinden, zoals speelwerkzaamheden en beregening van gewassen.

149) HR 16 maart 2007, nr. 36.663, ECLI:NL:HR:2007:AW3874 en HvJ 2 juni 2005, Waterschap Zeeuws-Vlaanderen, C-378/02, ECLI:EU:C:2005:335.
150) HvJ 3 april 2008, C-442/05, ECLI:EU:C:2008:184.
151) Paragraaf 2.5.3 van het Besluit ‘Omzetbelasting en compensatie van omzetbelasting bij publiekrechtelijke lichamen’ van 25 januari 2012, nr. BLKB2012/175M.

- de levering van goederen naar het buitenland (in beginsel belast met 0% btw).

Zoals in onderdeel b van paragraaf 7.2.4 aangegeven, heeft het waterschap recht op aftrek van de toerekenbare inkoop-btw op het moment dat het waterschap als btw-ondernemer optreedt en btw-belaste prestaties verricht. Het maakt daarbij niet uit of de prestaties belast zijn met 21%, 6% of 0% btw.

Wekt het waterschap echter energie op of produceert het grondstoffen voor eigen gebruik, dan dient te worden beoordeeld in welke hoedanigheid het waterschap bij dit eigen gebruik optreedt.

- Handelt het waterschap als btw-ondernemer bij het eigen gebruik, dan treedt het ook bij het energie opwekken/produceren van grondstoffen op als btw-ondernemer en is de toerekenbare inkoop-btw aftrekbaar.
- Handelt het waterschap bij het eigen gebruik daarentegen als overheid/niet btw-ondernemer, dan treedt het bij het energie opwekken/produceren van grondstoffen niet op als btw-ondernemer. Btw-heffing is dan niet aan de orde en de toerekenbare inkoop-btw vormt een kostenpost.

7.4 Stroomschema

Stroomschema hoedanigheid waterschap (optreden als overheid of als ondernemer) en de btw-gevolgen bij de productie van energie en grondstoffen:



In de praktijk zal een waterschap bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen veelal in meerdere hoedanigheden (als btw-ondernemer en als overheid) tegelijk optreden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het waterschap beschikt over een biogasinstallatie, waarmee elektriciteit wordt opgewekt voor de uitvoering van eigen wettelijke taken en het overschot wordt geleverd aan de energiemaatschappij. Voor zover de elektriciteit wordt opgewekt voor eigen wettelijke taken, treedt het waterschap op als overheid. Voor de levering van elektriciteit aan de energiemaatschappij, treedt het waterschap op als btw-belast ondernemer. De toerekenbare inkoop-btw zal in deze situatie dan ook moeten worden gesplitst in een deel dat toerekenbaar is aan de btw-belaste levering van energie (inkoop-btw is aftrekbaar) en een deel dat toerekenbaar is aan de wettelijke taken (inkoop-btw is kostenpost). Hoe deze verdeling dient plaats te vinden, is niet wettelijk vastgelegd. Wel heeft de staatssecretaris aangegeven dat bij de verdeelsleutel moet worden aangesloten bij objectieve factoren, zoals m², m³, opbrengsten of kosten.¹⁵³⁾ In de praktijk wordt hierover veelal met de Belastingdienst een afspraak gemaakt.

7.5 Risicoanalyse

7.5.1 Btw-ondernemerschap

Bij het opwekken van energie en de productie van grondstoffen loopt een waterschap het risico dat het als btw-ondernemer wordt aangemerkt. Btw-ondernemerschap komt om de hoek kijken wanneer een waterschap energie of grondstoffen levert aan een derde en hiervoor een (meer dan symbolische) vergoeding ontvangt. Het gevolg van het btw-ondernemerschap is dat het waterschap ter zake van de levering van energie/grondstoffen btw in rekening dient te brengen.

Btw-ondernemerschap hoeft overigens helemaal niet nadelig te zijn. Tegenover de afdracht van btw over de levering van energie/grondstoffen staat immers dat het waterschap de toerekenbare inkoop-btw (op kosten en investeringen) van de Belastingdienst mag terugvorderen. Dit leidt sowieso tot een financieringsvoordeel bij investeringen en is veelal voordelig bij verliesgevende of gesubsidieerde activiteiten¹⁵⁴⁾ (meer aftrek dan afdracht). Maar ook bij winstgevende activiteiten kan btw-ondernemerschap tot een voordeel leiden. Indien de afnemer namelijk eveneens kwalificeert als btw-ondernemer en volledig recht op aftrek van inkoop-btw heeft, dan vormt de btw die het waterschap in rekening brengt geen kostenpost. Bij de prijsstelling kan daarmee rekening worden gehouden. Hetzelfde geldt als de afnemer een gemeente of provincie betreft, die de door het waterschap in rekening te brengen btw kan compenseren bij het btw-compensatiefonds¹⁵⁵⁾.

153) Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB2011/641M (aftrekbesluit).
154) De btw kent geen winstoogmerk, zie paragraaf 7.2.3.
155) Het btw-compensatiefonds raakt het waterschap zelf niet, maar bij transacties met gemeenten/provincies (bijvoorbeeld bij de overdracht van bruggen) kan dit wel van belang zijn.

Verdeelsleutel

Inkoop-btw terugvorderen

Btw-compensatiefonds

Het btw-compensatiefonds is een begrotingsfonds dat op 1 januari 2003 is ingevoerd. Bij dit fonds kunnen *alleen* gemeenten, provincies en regionaal openbare lichamen (voorheen plusregio's) de in rekening gebrachte btw op kosten en investeringen (inkoop-btw) compenseren. Het gaat daarbij alleen om de inkoop-btw op goederen en diensten die worden gebruikt voor overheid/niet btw-ondernemerstaken.

In een aantal specifieke gevallen is compensatie uitgesloten. Er bestaat geen recht op compensatie indien wordt opgetreden als intermediair en de goederen en diensten in feite worden gekocht om ter beschikking te worden gesteld aan iemand anders (ook wel de individuele derde genoemd). Daarnaast is compensatie uitgesloten wanneer bij btw-ondernemerschap geen recht op aftrek van inkoop-btw bestaat, omdat de prestaties vrijgesteld zijn van btw.

Het waterschap doet er goed aan om in de contracten die het sluit rekening te houden met zijn btw-positie en afspraken te maken voor die situaties waarin de Belastingdienst de btw-positie van het waterschap ter discussie stelt. Mocht een waterschap bijvoorbeeld van mening zijn dat het niet optreedt als btw-ondernemer voor een bijdrage die wordt ontvangen van een derde, en de Belastingdienst oordeelt dat de bijdrage toch btw-belast is, dan zal de Belastingdienst de btw in eerste instantie bij het waterschap naheffen. Afhankelijk van de gemaakte contractuele afspraken, kan het waterschap de btw dan wel of niet alsnog bij die derde in rekening brengen.

7.5.2 Btw bij afvalstoffen en oude materialen

Bij de levering van afvalstoffen en oude (gebruikte) materialen en bij bepaalde verwerkingsdiensten van afvalstoffen kan het waterschap worden geconfronteerd met de btw-verleggingsregeling. Dit houdt in dat de btw wordt verlegd van het waterschap naar de afnemer.

Voor de toepassing van de btw-verleggingsregeling zijn aangewezen de levering van oude materialen, oude materialen ongeschikt voor hergebruik in dezelfde staat, industrieel en niet-industrieel afval, afval voor hergebruik, gedeeltelijk verwerkt afval en schroot. Daarnaast zijn de volgende leveringen van goederen en diensten aangewezen:

- de levering van resten en afval van ferro- en non-ferroproducten en oude materialen, halffabricaten daaronder begrepen, die het resultaat zijn van het verwerken, vervaardigen of smelten van ferro- en non-ferrometalen of legeringen daarvan;
- de levering van ferro- en non-ferrohalffabricaten en daarmee samenhangende verwerkingsdiensten;
- de levering van residuen en andere materialen voor hergebruik bestaande uit ferro- en non-ferrometalen, legeringen daarvan, slakken, assen, bladders en industriële residuen die metalen of legeringen daarvan bevatten, alsmede de diensten bestaande in het scheiden, snijden, fragmenteren en samenpersen van deze producenten;

- de levering van en verwerkingsdiensten met betrekking tot afval van ferro- en non-ferroproducten alsmede snippers, schroot, resten en afval, en oud materiaal en materiaal voor hergebruik bestaande uit glasscherven en glas, papier en karton, lompen, beenderen, leder, kunstleder, perkament, huiden en vellen, pezen en zenen, bindgaren, touw en kabel, rubber en kunststof;
- de levering van de hiervóór genoemde materialen na bewerking in de vorm van reinigen, polijsten, scheiden, snijden, fragmenteren, samenpersen of gieten tot ingots;
- de levering van resten en afval dat ontstaat bij de bewerking van grondstoffen.

Bij verwerkingsdiensten kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het voor een opdrachtgever sorteren, scheiden en verkleinen van afvalstoffen.

De btw-verleggingsregeling geldt alleen als de afnemer ook een btw-ondernemer is. De verleggingsregeling geldt niet als:

- het waterschap de afvalstoffen/oude materialen levert, waarbij dit Nederland verlaat
- het waterschap de afvalstoffen/oude materialen levert aan particulieren
- het waterschap afvalstoffen/oude materialen haalt bij een ondernemer en de ondernemer hiervoor betaalt.

Indien de btw-verleggingsregeling van toepassing is, is niet het waterschap maar de afnemer de btw verschuldigd. Het waterschap mag op zijn factuur geen bedrag aan btw opnemen. In plaats daarvan dient het waterschap op zijn factuur 'Btw verlegd' te vermelden. Daarnaast moet op de factuur het btw-nummer van de afnemer worden vermeld. De vergoeding waarover de btw is verlegd geeft het waterschap aan in zijn btw-aangifte bij vraag 1e (Leveringen/diensten belast met 0% of niet bij u belast).

Btw verlegd

7.5.3 Btw bij samenwerkingsvormen

Btw-heffing kan eveneens aan de orde komen bij samenwerkingen tussen waterschappen en andere publieke of private partijen. Dergelijke samenwerkingen kunnen worden geregeld in een samenwerkingsovereenkomst, maar er kan ook een afzonderlijke rechtsvorm (stichting, BV, NV, et cetera.) worden opgericht. Bij een samenwerkingsovereenkomst komt btw-heffing in beginsel aan de orde als de verschillende deelnemers binnen die overeenkomst over en weer prestaties verrichten en hiervoor kosten doorberekenen. Bij een samenwerking binnen een afzonderlijke rechtsvorm kwalificeert het samenwerkingsverband als btw-ondernemer met een geheel eigen btw-positie, als:

- het samenwerkingsverband tegen vergoeding prestaties verricht; en
- daarbij zelfstandig onder eigen naam naar buiten toe optreedt.

Als gevolg van uiteenlopende redenen kan btw-heffing bij een samenwerking leiden tot een btw-kostenpost (geen recht op aftrek noch op compensatie van inkoop-btw bij de afnemer). Btw-heffing kan echter achterwege blijven indien:

- sprake is van een btw-fiscale eenheid
- de prestaties van het samenwerkingsverband zijn btw-vrijgesteld op grond van de koepelvrijstelling
- gebruik kan worden gemaakt van het leerstuk van kosten voor gemene rekening
- gebruik kan worden gemaakt van het arrest EDM/de consortiumgedachte.

Verwevenheid

Toelichting:

a) de btw-fiscale eenheid

Indien btw-ondernemers die in Nederland wonen of zijn gevestigd, in financieel, organisatorisch en economisch opzicht zodanig met elkaar zijn verweven dat zij een eenheid vormen, kunnen zij voor de btw als één btw-ondernemer worden aangemerkt. Als een waterschap een besloten vennootschap opricht voor bijvoorbeeld de energieactiviteiten en 100% aandeelhouder is, kan sprake zijn van een fiscale eenheid. Voor de fiscale eenheid is vereist:

- Organisatorische verwevenheid: Voor verwevenheid in organisatorisch opzicht is vereist dat de betrokken btw-ondernemers onder een gezamenlijke, althans als eenheid functionerende leiding staan of de leiding van de ene btw-ondernemer in feite ondergeschikt is aan die van de andere.
- Economische verwevenheid: Van verwevenheid in economisch opzicht is sprake als de activiteiten van de verschillende btw-ondernemers in hoofdzaak strekken tot verwezenlijking van eenzelfde economisch doel. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het bedienen van eenzelfde klantenkring of bij complementaire prestaties.
- Financiële verwevenheid: Voor de financiële verwevenheid bij in aandelen verdeelde vennootschappen geldt dat de meerderheid van de aandelen in elk van de vennootschappen - daaronder begrepen de zeggenschap - middellijk of onmiddellijk in dezelfde handen moet zijn. Het vereiste van financiële verwevenheid is voor stichtingen in de praktijk een stuk lastiger vast te stellen. Voor stichtingen is beslist dat de financiële positie van de ene stichting rechtstreeks afhankelijk moet zijn, dan wel rechtstreeks van invloed is op de financiële positie van de andere stichting.

Gevolg van een btw-fiscale eenheid is dat alle onderlinge transacties buiten de btw-heffing blijven. De btw-fiscale eenheid heeft tot nadeel dat de onderdelen van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de btw die de eenheid is verschuldigd.

Volgens de btw-wetgeving is voor het ontstaan van een fiscale eenheid btw een beschikking van de inspecteur nodig. In de jurisprudentie is echter beslist dat btw-ondernemers zich ook zonder een beschikking op het bestaan van een fiscale eenheid btw kunnen beroepen.

Op grond van een goedkeuring kunnen sturende en beleidsbepalende holdings die niet kwalificeren als btw-ondernemer, toch in de btw-fiscale eenheid worden opgenomen, indien aan bovenstaande verwevenheden wordt voldaan¹⁵⁶⁾. Daarnaast kan uit de Europese jurisprudentie¹⁵⁷⁾ worden afgeleid dat ook andere natuurlijke personen of lichamen, die niet kwalificeren als btw-ondernemer, onderdeel kunnen uitmaken van de btw-fiscale eenheid.

b) de koepelvrijstelling

Om te voorkomen dat deelnemers in een samenwerkingsverband met kostprijsverhogende btw worden geconfronteerd, is een aantal aangewezen diensten (dus geen leveringen) van zo'n samenwerkingsverband btw-vrijgesteld. Deze wettelijke btw-vrijstelling¹⁵⁸⁾ wordt ook wel de koepelvrijstelling genoemd.

De koepelvrijstelling is van toepassing indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- Er moet sprake zijn van aangewezen diensten door een zelfstandige koepelorganisatie van deelnemers die btw-vrijgestelde prestaties verrichten of prestaties verrichten waarvoor zij geen btw-ondernemer zijn.
- De koepelorganisatie moet als doel hebben om diensten te verlenen, die rechtstreeks nodig zijn voor de uitoefening van de activiteiten van de leden.
- De koepelorganisatie mag alleen terugbetaling van het aandeel in de gezamenlijke uitgaven vorderen.
- Er mag door de btw-vrijstelling geen ernstige verstoring van concurrentieverhoudingen optreden.

De koepelvrijstelling kan ook worden toegepast als één of meer leden naast btw-vrijgestelde ook btw-belaste prestaties verrichten. De koepelvrijstelling is echter slechts van toepassing voor zover de dienst wordt gebruikt voor btw-vrijgestelde/niet-ondernemersactiviteiten van de deelnemers. Recente Europese jurisprudentie¹⁵⁹⁾ biedt wel de mogelijkheid om een enkele dienst te splitsen in een deel dat wordt gebruikt voor de btw-vrijgestelde/niet-ondernemersactiviteiten (koepelvrijstelling van toepassing) en het deel dat wordt gebruikt voor de btw-belaste activiteiten (koepelvrijstelling niet van toepassing)¹⁶⁰⁾.

Prestaties van de leden aan de koepelorganisatie zijn echter in beginsel btw-belast (tenzij een andere (wettelijke) btw-vrijstelling van toepassing is). Daarmee kan de koepelvrijstelling slechts eenzijdig (van koepel aan leden) worden toegepast.

c) Leerstuk kosten voor gemene rekening

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁶¹⁾ volgt dat de doorberekening van gezamenlijke kosten geen vergoeding voor een prestatie vormt, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- De kosten worden gemaakt ten behoeve van verschillende ondernemers.
- De kosten worden in eerste instantie door één van hen betaald.
- De kosten worden voor het werkelijke bedrag (zonder winstopslag) doorberekend.

156) Resolutie van de staatssecretaris van Financiën van 18 februari 1991, nr. VB91/347 (holdingresolutie).
157) Zie onder andere HvJ 25 april 2013, Commissie/Nederland, C-65/11, ECLI:EU:C:2013:265.

158) Artikel 11, lid 1, onderdeel u Wet OB.
159) HvJ 4 mei 2017, Commissie/Luxemburg, C-274/15, ECLI:EU:C:2017:333.
160) Het is nog niet duidelijk of en in hoeverre de Belastingdienst dit standpunt deelt. Gelet op de discussies in de praktijk rondom de toepassing van de koepelvrijstelling is het raadzaam een beroep op de koepelvrijstelling af te stemmen.
161) HR 23 april 1997, nr. 32166, ECLI:NL:HR:1997:AA2154 en HR 21 november 2008, nr. 43930, ECLI:NL:HR:2008:BC3696.

- De kosten worden volgens een van tevoren vaststaande verdeelsleutel omgeslagen, waarbij de verhouding waarin kosten voor gemene rekening onder de ondernemers worden verdeeld, de grootte van ieders aandeel in de afgenomen goederen en diensten weerspiegelt.

- Het risico van de kosten gaat alle deelnemers aan volgens de overeengekomen verdeelsleutel.

Om gebruik te kunnen maken van ‘kosten voor gemene rekening’, zal vooraf moeten worden afgesproken in welke verhouding de kosten worden gedragen en dient het risico ook overeenkomstig deze verhouding te worden gedragen. Volgens de staatssecretaris staat de verdeelsleutel vast en kan deze nadien niet meer worden gewijzigd en/of worden aangepast aan eventueel gewijzigde feitelijke omstandigheden.¹⁶²⁾ Het afsluiten van een nieuwe overeenkomst voor dezelfde kosten, maar met een gewijzigde verdeelsleutel biedt volgens de staatssecretaris geen uitkomst hierin. Het leerstuk blijft niet van toepassing.

Voor de verdeling van de kosten is een schriftelijke overeenkomst op zich niet noodzakelijk. Ook een min of meer stilzwijgende afspraak tussen partijen over de doorberekening wordt voldoende geacht, mits deze plaatsvindt volgens een bestendige gedragslijn (volgens een vast patroon). Gezien de terughoudendheid van de Belastingdienst en de aanscherping in het aftrekbesluit ten aanzien van het leerstuk, gaat de voorkeur echter altijd uit naar een schriftelijke afspraak.

d) EDM/*consortiumgedachte*

In het arrest EDM¹⁶³⁾ heeft het HvJ (onder andere) uitspraak gedaan over de onderlinge prestaties van partijen, die deelnemen aan een samenwerkingsverband (in casu betrof het een consortium). In dit arrest is geoordeeld dat de werkzaamheden die door de deelnemers van een consortium aan elkaar worden verricht, niet btw-belast zijn. Het gaat daarbij om de werkzaamheden die overeenkomstig de bepalingen van de consortiumovereenkomst worden verricht en die overeenstemmen met het in die overeenkomst aan elke deelnemer toebedeelde aandeel. Prestaties die dit aandeel overschrijden en ook daadwerkelijk door de overige deelnemers worden vergoed, zijn daarentegen wel onderworpen aan btw-heffing. Deze prestaties worden geacht buiten de samenwerking om te zijn verricht.

De consortiumgedachte kan worden vormgegeven door een overeenkomst tussen de partijen¹⁶⁴⁾, waarin wordt gespecificeerd hoeveel de inbreng van partijen bedraagt. Ondanks dat aan deze inbreng een waarde kan worden toegekend, is in het geval van de consortiumgedachte geen sprake van een prestatie onder bezwarende titel. De inbreng van partijen ziet immers op het realiseren van het gezamenlijke doel, zoals hiervoor vermeld in de uitgangssituatie. Btw-heffing is dan ook niet aan de orde. Daar staat tegenover dat alle toerekenbare inkoop-btw niet in aftrek kan worden gebracht en daarmee volledig een kostenpost is. Daarbij dient te worden

opgemerkt dat de consortiumgedachte niet is gebaseerd op een wettelijke bepaling, maar op jurisprudentie. Hierdoor is altijd sprake van een bepaalde mate van interpretatie, die wel door de Belastingdienst moet worden gedeeld.

7.5.4 Btw bij detachering

In de praktijk menen partijen binnen de btw-vrijgestelde sectoren en bij de overheid vaak dat detachering onder een btw-vrijstelling valt of als overheidsactiviteit kan worden gezien. Helaas is dat veelal een kostbare misvatting. Het detacheren (uitle-
nen) van personeel is namelijk in beginsel een btw-belaste ondernemersactiviteit. Dit geldt ook voor een waterschap dat personeel detacheert.

Voor de btw wordt onder detachering verstaan de situatie waarin een werkgever een werknemer ter beschikking stelt van een ander, waarbij de werknemer onder leiding en/of toezicht van die ander arbeid verricht. Detachering is in beginsel belast met 21% btw. Daarbij is niet van belang welke prestatie (administratief, zorg of bij-
voorbeeld onderwijs) de werknemer verricht. De dienst kwalificeert immers als het uitlenen van personeel.

Niet elke situatie die ‘lijkt’ op detachering dient voor de btw ook als zodanig te worden gekwalificeerd. Indien bijvoorbeeld de presterende btw-ondernemer voor de opdrachtgever werkzaamheden gaat uitvoeren, waarbij hij volledig verantwoordelijk is en blijft voor de inhoud en kwaliteit hiervan, lijkt geen sprake van btw-belaste detachering doch van anders te duiden diensten. Die diensten kunnen mogelijk wel weer onder een btw-vrijstelling, bijvoorbeeld zorg, onderwijs of sociaal-cultureel, worden gebracht. Het is dan ook van groot belang na te gaan wie wat doet en onder welke contractuele voorwaarden de werkzaamheden plaatsvinden.

Het btw-belast detacheren van personeel leidt tot een kostenpost als de inlenende partij de btw niet in aftrek kan brengen of geen gebruik kan maken van het btw-compensatiefonds. Btw-heffing kan in die situaties wellicht worden voorkomen door toepassing van:

- de goedkeuringen van de staatssecretaris uit het besluit inzake het ter beschikking stellen van personeel¹⁶⁵⁾
- diverse in de nationale en Europese jurisprudentie ontwikkelde leerstukken
- een tijdelijk dienstverband.

Helaas zijn aan de goedkeuringen en de leerstukken aan strikte voorwaarden gebonden en legt de Belastingdienst vaak stringente spelregels op.

Goedkeuringen besluit

In het besluit van de staatssecretaris wordt voor verschillende sectoren een goedkeuring gegeven op basis waarvan btw-heffing bij detachering achterwege kan blijven.

Voor waterschappen zijn de volgende twee goedkeuringen van belang:

- a) In het kader van herstructurering van publiekrechtelijke lichamen.
- b) Ter bevordering van de arbeidsmobiliteit.

Btw-belaste ondernemersactiviteit

Contractuele voorwaarden

162) Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB2011/641M (aftrekbesluit). In de praktijk speelt overigens de discussie of de rigide houding van de staatssecretaris ten aanzien van dit leerstuk wel houdbaar is.

163) HvJ EG 29 april 2004, C-77/01, ECLI:EU:C:2004:243.

164) Het oprichten van een afzonderlijke entiteit is daarvoor strikt genomen niet noodzakelijk.

165) Besluit van 14 maart 2007, nr. CPP2007/347M.

Verdeelsleutel

Bestendige gedragslijn

Consortiumovereenkomst

a) Er is sprake van een herstructurering van publiekrechtelijke lichamen bij een gemeentelijke herindeling of bij het samengaan van publiekrechtelijke lichamen. In dat kader en vooruitlopend daarop wordt regelmatig personeel gedetacheerd, maar kan btw-heffing onder voorwaarden achterwege blijven bij¹⁶⁶⁾:

- de privatisering van overheidsinstellingen: overheidspersoneel wordt tijdelijk (overgangsfase) gedetacheerd aan het nieuw opgerichte privaatrechtelijk lichaam. Het privaatrechtelijk lichaam neemt daarna zelf personeel in dienst
- gemeentelijke herindeling en fusie van waterschappen: in een tijdelijke overgangsfase detacheren de betrokken gemeenten/ waterschappen vaak onderling personeel, totdat het personeel in dienst komt bij de nieuw gevormde gemeente/ waterschap
- de fusies van andere (semi-)overheidsinstanties en niet btw-belaste instellingen: in een tijdelijke overgangsfase detacheren de betrokken partijen vaak onderling personeel, totdat het personeel in dienst komt bij de nieuw gevormde entiteit.

b) Deze goedkeuring ziet alleen op detachering van publiekrechtelijke instellingen en/of onderwijsinstellingen en voor maximaal 12 maanden. Mocht blijken dat de detachering langer heeft geduurd dan 12 maanden, is de gehele periode alsnog btw-belast. Als partijen na 12 maanden onder dezelfde voorwaarden een nieuwe overeenkomst sluiten, is de nieuwe detachering btw-belast.¹⁶⁷⁾

Leerstukken jurisprudentie

Indien geen gebruik kan worden gemaakt van één van de goedkeuringen, kan btw-heffing wellicht achterwege blijven op basis van de volgende in de nationale en Europese jurisprudentie ontwikkelde leerstukken:

- Kosten voor gemene rekening (zie paragraaf 7.4.2).
- EDM/consortiumgedachte (zie paragraaf 7.4.2).
- Horizon College-doctrine: op grond van de arresten Horizon College¹⁶⁸⁾ en Cito¹⁶⁹⁾ kan detachering onder voorwaarden als een nauw met het onderwijs samenhangende dienst worden gezien. De voorwaarden zijn door de staatssecretaris van Financiën in een besluit verder toegelicht en moeten zeer strikt worden toegepast. De gedachte van de nauw samenhangende dienst zou wellicht ook in een breder verband kunnen worden toegepast, al is afstemming met de Belastingdienst daarbij wel zeer raadzaam.

Tijdelijk dienstverband

Indien geen gebruik kan worden gemaakt van één van de goedkeuringen en evenmin van de in de jurisprudentie ontwikkelde leerstukken, kan btw-heffing eveneens worden voorkomen door gebruik te maken van tijdelijke dienstverbanden. De enti-

teit waar de werknemer wordt ingezet, zou voor de duur van de werkzaamheden de betreffende persoon als werknemer in dienst kunnen nemen.

7.6 Checklist

Btw-ondernemerschap

- Wordt er een prestatie (energie/grondstoffen) geleverd aan een derde?
- Wordt hierbij gehandeld als overheid of als ondernemer?
- Ontvangt het waterschap hiervoor een meer dan symbolische vergoeding (anders dan heffingen)?
- Is btw-heffing nadelig?
 - Hoe hoog is de toerekenbare en af te dragen btw-afdracht?
 - Hoe hoog is de toerekenbare en verrekenbare inkoop-btw?
 - Heeft de afnemer van het waterschap recht op aftrek of compensatie (gemeente, provincie of plusregio) van de te berekenen btw?
- Wat is er contractueel over btw-heffing afgesproken?

Verleggingsregeling afvalstoffen en oude materialen

- Worden er leveringen van of diensten met betrekking tot afvalstoffen en oude materialen verricht, waardoor de btw moet worden verlegd?

Samenwerking

- In welke vorm wordt samengewerkt? (overeenkomst of afzonderlijke rechtspersoon)
- Worden er onderling prestaties verricht en kosten doorbelast?
- Wat is er contractueel over btw-heffing afgesproken?
- Is sprake van een btw-fiscale eenheid?
- Kan gebruik worden gemaakt van de koepelvrijstelling?
- Is btw-heffing ter zake van onderlinge prestaties nadelig?
- Kan gebruik worden gemaakt van het leerstuk van kosten voor gemene rekening of de consortiumgedachte?

Detachering

- Wordt er personeel in- of uitgeleend?
- Brengt het waterschap terecht btw in rekening?
- Kan btw-heffing wellicht worden voorkomen door gebruikmaking van de goedkeuringen van de staatssecretaris?
- Kan btw-heffing achterwege blijven door gebruikmaking van de in de jurisprudentie ontwikkelde leerstukken?
- Behoort een tijdelijk dienstverband tot de mogelijkheden?

7.7 Vennootschapsbelasting

7.7.1 Samenvatting vennootschapsbelasting

Tot 1 januari 2016 werden waterschappen doorgaans alleen geconfronteerd met vennootschapsbelasting indien zij warmte, gas of elektriciteit opwekten, transporteerden of leverden. Met ingang van 2016 is de belastingplicht sterk verruimd in

¹⁶⁶⁾ Voor de gedetailleerde omschrijving van alle voorwaarden wordt verwezen naar onderdeel 7 van het besluit.

¹⁶⁷⁾ Voor de gedetailleerde omschrijving van alle voorwaarden wordt verwezen naar onderdeel 8 van het besluit.

¹⁶⁸⁾ HvJ 14 juni 2007, Horizon College, C-434/05, ECLI:EU:C:2007:343.

¹⁶⁹⁾ HR 10 september 2010, nr. 08/03624, ECLI:NL:HR:2010:BK3786.

de wetgeving. Een waterschap is nu vennootschapsbelastingplichtig indien en voor zover zij een onderneming drijft¹⁷⁰⁾. Directe belastingplicht binnen de rechtspersoon van het waterschap, of indirect in een afzonderlijke rechtspersoon (al dan niet in samenwerking met partners). Praktisch lijkt op grond van de reguliere activiteiten bij waterschappen tot dusverre evenwel nauwelijks sprake van belastingheffing; uit een inventarisatie bij een aantal waterschappen begin 2017 blijkt dat slechts sum-mier sprake is van ondernemerschap en bovendien veelal vrijstellingen gelden.

Bij de praktische beoordeling van de belastingplicht bij waterschappen naar het verleden, kan het volgende stappenplan worden doorlopen:

- 1) Inventariseer activiteiten aan de hand van opbrengsten van derden;
- 2) Stel vast of de geïnventariseerde activiteiten geclusterd (moeten) worden;
- 3) Toets de ondernemingsvereisten;
- 4) Bepaal de fiscale winst, en
- 5) Toets de vrijstellingen

Uiteraard kan dit pragmatische stappenplan ook worden toegepast op nieuwe activi-teiten die een waterschap wil ontplooiën en de businesscase die daaraan ten grond-slag ligt. Als belastingplicht aan de orde is en de ondernemingsactiviteiten niet deels objectief zijn vrijgesteld van heffing, is een waterschap over het door haar onder-neming behaalde fiscale exploitatieresultaat heffing verschuldigd naar een tarief van minimaal 20% en maximaal 25% (tarief 2017). Innovatieve ondernemende waterschappen kunnen de effectieve belastingdruk veelal beperken door gebruik te maken van fiscale maatregelen die innovatie stimuleren. Naast de verschuldigde heffing brengt de belastingplicht ook een jaarlijks terugkerende aangifteplicht met zich mee en gelden aanvullende administratieve verplichtingen.

7.8 Beschrijving van het fiscale landschap

7.8.1 Wet- en regelgeving

De vennootschapsbelasting (vpb) is een belasting die wordt geheven over het (fiscale) exploitatieresultaat (de fiscale ‘winst’) van een belastingplichtige. Materieel geldt daarmee dat deze belasting zich laat voelen als in fiscale zin ook een belastbare winst wordt gerealiseerd. Verlieslatende ondernemingsactiviteiten leiden niet direct tot heffing, maar komen mogelijk wel in aanmerking voor verrekening met (toe-komstige) winsten.

Het reguliere tarief in 2017 is progressief opgebouwd en bedraagt 20% (voor belast-bare bedragen tot € 200.000) en 25% (voor belastbare bedragen vanaf € 200.000). Zodra een waterschap voor een bepaalde activiteit belastingplichtig wordt, gelden alle wettelijke regels uit de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Dat betekent bijvoorbeeld dat de mogelijke waardestijging van bedrijfsmiddelen behorende bij de ondernemingsactiviteiten onder deze heffing komt. Als gevolg van een verschil tussen fiscale en commerciële winstbepalingsregels kan het fiscale resultaat boven-dien afwijken van het resultaat zoals dat in een commerciële jaarrekening wordt

gepresenteerd (‘fiscaal evidente verschillen’ kunnen zo bijvoorbeeld ontstaan als gevolg van fiscale afschrijvings- en renteaftrekbeperingen of beperkte aftrek van bepaalde kosten).

Daarnaast moet een vennootschapsbelastingplichtige onderneming binnen een groep van verbonden rechtspersonen op grond van de wet op zakelijke grond handelen (‘at arm’s length’). Het gevaar van belastingarbitrage en uitholling van de heffingsgrondslag wordt zo voorkomen. Bij samenwerking tussen enerzijds onbelaste entiteiten en anderzijds belaste ondernemingen, is het zodoende niet toegelaten om winst in een onbelaste omgeving te laten neerslaan en verliezen in een belaste sfeer te ‘genieten’. Onderkent een waterschap binnen haar publieke rechtspersoon en de activiteiten die zij daarin ontplooit zowel een belaste als een onbelaste sfeer, dan bestaat aanleiding om de allocatie van kosten tussen deze beide sferen op een vergelijkbare, zakelijke wijze te benaderen. Een onzakelijke allocatie van kosten aan de belaste sfeer binnen een waterschap, zou de fiscale heffingsgrondslag en de Belastingdienst immers tekort doen.

7.7.2 Belastingplichtige in de vennootschapsbelasting

De belastingplicht voor de vennootschapsbelasting wordt in beginsel bepaald door de rechtsvorm waarin activiteiten worden ontplooid. Er zijn rechtsvormen die door de wet vanzelf vennootschapsbelastingplichtig worden verklaard. Het is dan niet van belang welke activiteiten die rechtsvorm verricht. De besloten vennootschap, de naamloze vennootschap en de coöperatieve vereniging zijn voorbeelden van rechts-vormen die van rechtswege belastingplichtig zijn.

Voor (de ondernemingen van) publiekrechtelijke rechtspersonen geldt echter een andere regeling. Waterschappen kwalificeren als publieke rechtspersoon op grond van artikel 1 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek. In het kader van de vennootschaps-belasting is het voor waterschappen dus relevant om de gevolgen van deze uitzonde-ringspositie te kennen.

Met de nieuwe wet geldt als uitgangspunt voor publiekrechtelijke rechtspersonen zoals waterschappen dat belastingplicht ontstaat voor zover hun activiteiten een (materiële) onderneming in de zin van de fiscale wetgeving vormen.¹⁷¹⁾ Met deze benadering wordt aangesloten bij de belastingplicht voor verenigingen en stich-tingen. Een daarmee vergelijkbare benadering ligt voor de hand voor de wetgever omdat, net als bij de meeste verenigingen en stichtingen, publiekrechtelijke rechts-personen hun activiteiten veelal zonder winstoogmerk verrichten. Een belasting-plichtig waterschap dient met ingang van 2016, net als een belastingplichtige stichting of vereniging, per jaar een aangifte in bij de Belastingdienst. Net als een stichting of vereniging kan een waterschap daarbij twee sferen onderkennen: een belaste (ondernemings)sfeer en een onbelaste sfeer.

Om te bepalen of een activiteit van een waterschap als ondernemingsactiviteit moet worden beschouwd voor de vennootschapsbelasting heeft de UVW overleg gevoerd

171) Een (materiële) onderneming zoals gedefinieerd in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, voordeel daarvan is ook dat dit begrip reeds in de jurisprudentie is ingekaderd.

170) Op grond van de wet Modernisering VPB-plicht overheidsondernemingen.

Belastbare winst

Rechtsvorm

Fiscale en commerciële winstbepalingsregels

Pragmatische lijn

met de Belastingdienst. In een stappenplan geeft de UVW aan een pragmatische lijn voor te staan bij het analyseren van ondernemerschap binnen een waterschap. Het stappenplan vermeldt in totaal vijf stappen, waarvan de eerste drie stappen zien op het bepalen van ondernemerschap en de omvang daarvan. Is sprake van een ondernemingsactiviteit dan wordt met behulp van stappen vier en vijf de fiscale winst bepaald en beoordeeld of vrijstellingen aan de orde zijn. Het stappenplan is door de UVW gepubliceerd en toegelicht in een memo op haar website¹⁷²⁾, en bevat de volgende stappen:

- 1) Inventariseer activiteiten aan de hand van opbrengsten van derden;
- 2) Stel vast of de geïnventariseerde activiteiten geclusterd (moeten) worden;
- 3) Toets de ondernemingsvereisten;
- 4) Bepaal de fiscale winst, en
- 5) Toets de vrijstellingen

Een goed vertrekpunt bij het analyseren van ondernemerschap kan bestaan in een inventarisatie van de bestaande of nieuwe activiteiten van een waterschap die tot opbrengsten van derden (gaan) leiden¹⁷³⁾. Hangen deze activiteiten vervolgens, al dan niet onlosmakelijk, samen met andere werkzaamheden van het waterschap? In dat geval kan ‘clustering’ van de verweven activiteiten aan de orde zijn¹⁷⁴⁾. Van de te clusteren activiteiten moet vervolgens worden beoordeeld of zij voldoen aan de drie cumulatieve vereisten voor ondernemerschap¹⁷⁵⁾. Onderdeel daarvan, althans vanuit de theorie, vormt voor ons de beoordeling of met de geclusterde activiteiten ook een geobjectiveerde fiscale winst wordt behaald¹⁷⁶⁾.

Bij het bepalen van de fiscale winst van de ondernemingsactiviteiten van een waterschap zijn vervolgens diverse overige aandachtspunten nog relevant, zoals wij die hierna in paragraaf 7.7.6 op hoofdlijnen belichten.

De meest recente geschiedenis en modernisering van de belastingplicht voor overheidsondernemingen voert terug op een wetsvoorstel dat op Prinsjesdag 2014 verscheen. De nieuwe wetgeving is op 12 juni 2015 in werking getreden voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016. Daarmee is veel gewijzigd voor publieke rechtspersonen die een onderneming drijven.

Hoofdrege

De hoofdregel dat publieke rechtspersonen niet belastingplichtig zijn (tenzij bijvoorbeeld een nijverheidsbedrijf werd uitgeoefend), is omgedraaid: overheidsondernemingen zijn effectief belastingplichtig, tenzij een in de wet genoemde vrijstelling van toepassing is. De winst uit de onderneming die opkomt onder een vrijstelling, blijft uitgezonderd van de heffingsgrondslag en wordt derhalve niet belast met winstbelasting. Uitgangspunt bij de vormgeving van de wet blijft dat typische overheidstaken en -bevoegdheden, waarmee niet in concurrentie wordt getreden met private onder-

nemingen, effectief buiten de heffing blijven. Een aanwijzing voor het uitvoeren van een overheidstaak ligt in de wijze van bekostiging van die taak door een waterschap. De belastingheffing door of subsidiëring van waterschappen geeft hierbij gebruikelijk aanleiding om de daarmee verband houdende taken ofwel buiten de onderneming te houden ofwel onder een vrijstelling te brengen. Hierna gaan wij nader in op het ondernemerschap van een waterschap en de vrijstellingen, grotendeels conform de door de UVW voorgestane pragmatische lijn.

Onderneming

Een waterschap kan verschillende activiteiten uitoefenen. De toets of sprake is van het drijven van een onderneming vindt plaats op het niveau van elke afzonderlijke activiteit. Een activiteit kan alleen afzonderlijk worden beoordeeld als er een zekere mate van zelfstandigheid aan kan worden toegekend. Van het drijven van een onderneming is sprake als

- 1) door een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid,
- 2) wordt deelgenomen aan het economische verkeer, en
- 3) daarbij het oogmerk bestaat om winst te behalen, welke winst ook redelijkerwijs te verwachten valt.

Het winstoogmerk wordt ‘geobjectiveerd’ vastgesteld. Een winstoogmerk wordt daarom aangenomen indien er structurele overschotten worden gerealiseerd. Wil sprake zijn van een onderneming dan dient aan de drie genoemde cumulatieve voorwaarden te zijn voldaan. Het antwoord op de vraag wanneer een fiscale onderneming moet worden onderkend in een publiekrechtelijke rechtspersoon en tot welke activiteiten deze zich uitstrekt is complex.

Vrijstellingen

De Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 biedt vier algemene objectieve vrijstellingen, drie daarvan zijn relevant voor directe overheidsondernemingen (kortweg publiekrechtelijke rechtspersonen – zoals waterschappen – die een onderneming drijven). Terwijl de indirecte overheidsondernemingen (kortweg privaatrechtelijke rechtspersonen – zoals BV’s – die worden beheerst door publiekrechtelijke rechtspersonen) zich daarbij ook op drie van de vier vrijstellingen kunnen beroepen. Het betreft vrijstellingen voor:

- 1) overheidstaken en publiekrechtelijke bevoegdheden;
- 2) bepaalde samenwerkingsverbanden;
- 3) interne activiteiten / inbesteding (alleen voor directe overheidsondernemingen), en
- 4) quasi-inbesteding (alleen voor indirecte overheidsondernemingen).

Voor het produceren, transporteren of leveren van gas, elektriciteit of warmte alsmede voor het aanleggen of beheren van netten of leidingen ten behoeve van gas, elektriciteit of warmte gelden de genoemde vrijstellingen overigens niet. Voor zover waterschappen dergelijke activiteiten verrichten in de vorm van een onderneming zijn zij belastingplichtig. Een batig exploitatieresultaat uit dergelijke ondernemingsactiviteiten leidt dus tot heffing van vennootschapsbelasting.

Het karakter van de genoemde objectieve vrijstelling is dat deze de voordelen (batige exploitatieresultaten) uit bepaalde activiteiten effectief uitzondert van de heffings-

172) <https://www.uvw.nl/wp-content/uploads/2017/03/LB-88940-bijlage-1-Vastlegging-besproken-pragmatische-lijn.pdf>
173) Vergelijk ook stap 1 in de pragmatische lijn van de UVW en - voor zover een waterschap reeds opbrengsten geniet – daarbij ook bijlage 1 opgenomen in dit UVW-memo
174) Vergelijk ook stap 2 in de pragmatische lijn van de UVW en daarbij ook de jurisprudentie in bijlage 2 opgenomen in dit UVW-memo
175) Vergelijk ook stap 3 in de pragmatische lijn van de UVW en daarbij ook de methodiek in bijlagen 3 en 4 opgenomen in dit UVW-memo
176) Vergelijk ook stap 4 in de pragmatische lijn van de UVW in het UVW-memo, waar deze stap pas volgt op de conclusie in stap 3 dat sprake is van ondernemerschap

grondslag, waarmee de baten niet in de heffing worden betrokken. Een subjectief belastingplichtig waterschap ontkomt niet aan belastingplicht en het jaarlijks verzorgen van een aangifte, tenzij het gehele resultaat objectief is vrijgesteld. Blijft niet het gehele resultaat objectief vrijgesteld dan bestaat weliswaar aangifteplicht, maar blijft daarin mogelijk een groot deel van het fiscale resultaat van haar onderneming objectief vrijgesteld van heffing. De toepassing van de objectvrijstellingen kan overigens op verzoek van een waterschap buiten toepassing blijven. Bijvoorbeeld als een administratieve scheiding in de inkomstenstroom van bepaalde activiteiten praktisch ondoenlijk is, kan zo'n verzoek uitkomst bieden. Een verzoek geldt tot wederopzegging, met een minimum van vijf jaren.

Hierna belichten wij de in de wet opgenomen objectieve vrijstellingen. Meer achtergrond bij de werking van deze vrijstellingen en toelichting, is te lezen in de diverse handreikingen en publicaties die het SVLO inmiddels heeft gepubliceerd.¹⁷⁷⁾



177) Meer informatie op: <https://vng.nl/onderwerpenindex/belastingen/rijksbelastingen/vennootschapsbelasting-voor-overheden>

- *Vrijstelling uitoefening overheidstaken of publiekrechtelijke bevoegdheden*

De eerstgenoemde objectvrijstelling betreft de vrijstelling voor winst uit activiteiten die de uitoefening van overheidstaken of publiekrechtelijke bevoegdheden betreffen. Voor zover een (in)directe overheidsonderneming een overheidstaak verricht kan sprake zijn van belastingplicht. Voor deze activiteiten is van rechtswege de objectvrijstelling van toepassing, tenzij met de uitoefening van die overheidstaak (of publiekrechtelijke bevoegdheid) in concurrentie wordt getreden.

Wanneer sprake is van een overheidstaak of publiekrechtelijke bevoegdheid is niet altijd duidelijk. Tussen enerzijds de wettelijke taken van een waterschap en anderzijds evident commerciële activiteiten, kunnen ondernemingsactiviteiten aan de orde zijn die lastig te duiden zijn. Zo is het denkbaar dat een waterschap het aanbieden van een bepaalde dienst tot haar taak gaat rekenen omdat de private markt deze dienst niet aanbiedt en het waterschap het van belang vindt dat de betreffende dienst wel wordt aangeboden.

Wanneer een waterschap activiteiten verricht waarbij een prestatie aan een individuele afnemer tegen een daarop betrekking hebbende prijs ontbreekt, bijvoorbeeld in het kader van een aan hem opgelegde publieke taak, is veelal fiscaal geen onderneming te onderkennen in deze activiteiten. Met de activiteiten wordt dan niet aan het economisch verkeer deelgenomen.

Denk daarbij aan milieutaken, beheer van watergangen en rioolstelsels en het opruimen van afvalstoffen, voor zover deze (al dan niet via delegatie) tot een overheidstaak zijn verworven van het waterschap. Voor andere activiteiten, zoals afgifte van vergunningen of ontheffingen, is er in beginsel wel deelname aan het economische verkeer. Er kan dan in fiscale zin sprake zijn van een onderneming binnen het waterschap¹⁷⁸⁾. Concurrereet het waterschap met deze activiteiten niet (ook niet potentieel) met private partijen, dan geldt de vrijstelling van rechtswege. Wordt hiermee wél in concurrentie getreden met private partijen, dan vindt de vrijstelling geen toepassing. Omdat een zekere autonomie geldt bij het formuleren van de taak van publiekrechtelijke lichamen, zoals ook waterschappen, borgt de fiscale wetgever op deze wijze dat concurrerende overheden met ondernemingsactiviteiten op gelijke wijze in de heffing van winstbelasting betrokken worden als private ondernemingen.

Als voorbeelden van mogelijk concurrentieverstorende ondernemingsactiviteiten van waterschappen zijn genoemd (niet limitatief): netwerkbeheer, slibverwerking, afvalzorg, exploitatie van vastgoed en het aanbieden van cursussen¹⁷⁹⁾.

- *Vrijstelling samenwerking publiekrechtelijke rechtspersoon en/of privaatrechtelijke overheidslichamen*

Samenwerking tussen overheden doet zich op allerlei terreinen voor en kan in verschillende vormen plaatsvinden. Efficiëntie- en kwaliteitsredenen liggen hier meestal aan ten grondslag. De wetgever vindt het ongewenst als samenwerking

178) Hetgeen praktisch veelal overigens niet het geval is, aangezien deze activiteiten gebruikelijk geen duurzaam batig saldo kennen

179) Kamerstukken 8 maart 2013, nr. 31 213, vergaderjaar 2012-2013, Verslag van een schriftelijk overleg inzake de belastingplicht van overheidsbedrijven

ertoe leidt dat heffing optreedt die zonder samenwerking niet zou zijn opgetreden. De voordelen behaald in activiteiten van een samenwerkingsverband mogen derhalve niet in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken, terwijl de betreffende activiteiten niet belast of vrijgesteld zouden zijn wanneer er van samenwerking geen sprake was en elk van de overheden de activiteiten zelf zou hebben uitgevoerd.

Om deze reden is voorzien in een samenwerkingsvrijstelling. Voordat we toekomen aan deze vrijstelling is het relevant een onderneming te onderkennen in het samenwerkingsverband, alsmede ook het feit dat het samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid bezit. Bij een op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen ingesteld samenwerkingsverband waaraan geen rechtspersoonlijkheid is toegekend, wordt het ‘eigen’ aandeel in het samenwerkingsverband bij de achterliggende participanten die wél rechtspersoonlijkheid bezitten, afzonderlijk in aanmerking genomen voor de vennootschapsbelasting.

In het bijzonder bij privaatrechtelijke overheidslichamen in de vorm van een BV of NV speelt de samenwerkingsvrijstelling een belangrijke rol. Aan toepassing van de samenwerkingsvrijstelling worden eisen gesteld. Het gaat het kader van deze handreiking te buiten deze hier te behandelen¹⁸⁰). Wel merken wij hier op dat een samenwerkingsverband reëel moet zijn. Er mag geen sprake zijn van een (verkapte) dienst of overeenkomst van opdracht. Ook een mogelijke samenloop tussen deze vrijstelling en de overheidstakenvrijstelling vraagt om aandacht.

- *Vrijstelling voor interne activiteiten van directe overheidsondernemingen (inbesteding)*

Als een onderdeel van een waterschap uitsluitend interne activiteiten voor (een ander onderdeel van) hetzelfde waterschap verricht is er fiscaal geen sprake van een onderneming, aangezien niet wordt deelgenomen aan het economische verkeer. Ingeval het betreffende onderdeel naast de interne activiteiten, met dezelfde personen en activa, ook activiteiten verricht ten behoeve van derden, wordt wél deelgenomen aan het economische verkeer. Het is dan denkbaar dat belastingplicht voor het geheel van de activiteiten ontstaat, óók voor de louter interne activiteiten.

Dat is ongewenst, juist in situaties dat een waterschap bepaalde activiteiten primair ten behoeve van zichzelf uitoefent. Om die reden is een vrijstelling geïntroduceerd voor interne activiteiten. Het daarmee behaalde fiscale resultaat kan daardoor niet in de belastingheffing worden betrokken. De vrijstelling voor interne diensten wordt ook van toepassing verklaard op activiteiten, verricht door een onderneming van het waterschap aan een privaatrechtelijk overheidslichaam (zoals een 100% deelneming in een BV) dat volledig in handen is van datzelfde waterschap. Zet de betreffende ondernemende dienst van het waterschap daarentegen één ‘stap buiten de deur’ met werkzaamheden voor een andere afnemer dan de 100% gecontroleerde dochtermaatschappij, dan geldt deze vrijstelling niet. Mogelijk geldt in die situatie wel de hiervoor onder 2) genoemde vrijstelling voor samenwerkingsverbanden.

¹⁸⁰) Wij verwijzen naar de gepubliceerde informatie op de website van het UVVW, alsmede de overige (samenwerkingsverbanden van) koepels van overheidslichamen, zoals de VNG, IPO, SVLO en de Belastingdienst

- *Vrijstelling voor quasi-inbesteding, louter voor indirecte overheidsondernemingen*

Deze vrijstelling houdt verband met de zogenoemde ‘quasi-inbesteding’. Van quasi-inbesteding is sprake als een publiekrechtelijke rechtspersoon een activiteit niet aan de markt uitbestedt, maar in wezen nog steeds zelf uitoefent, zij het in een juridisch afgezonderde vorm, middels een privaatrechtelijke lichaam.

Ook met deze vrijstelling wordt fiscale neutraliteit nagestreefd. Het maakt hiermee niet uit of een (veelal) ondersteunende activiteit ten behoeve van een waterschap intern wordt gehouden (‘inbesteding’) of – om wat voor reden dan ook – wordt ondergebracht in een volledig door dat waterschap middellijk of onmiddellijk beheerst privaatrechtelijk overheidslichaam (‘quasi-inbesteding’). Deze vrijstelling is ook van toepassing als de privaatrechtelijke rechtspersoon niet alleen activiteiten verricht ten behoeve van het waterschap dat hem volledig beheerst, maar ook ten behoeve van een andere privaatrechtelijke rechtspersoon van datzelfde waterschap (dienstverlening aan een zustervenootschap bijvoorbeeld). Zelfs als die zustervenootschap regulier vennootschapsbelastingplichtig is, kan de vrijstelling van toepassing zijn.

Tussenconclusie

Een waterschap dat zich ten minste gedeeltelijk bezighoudt met bijvoorbeeld het ondernemingsgewijs (dus: duurzaam geobjectiveerd winstgevend) produceren, transporteren of leveren van gas, elektriciteit of warmte, moet als (ten minste gedeeltelijk) vennootschapsbelastingplichtig worden aangemerkt. Daaruit volgt de verplichting jaarlijks een aangifte vennootschapsbelasting te verzorgen. De start van activiteiten die belastingplicht tot gevolg hebben, leidt ook tot afbakeningsvragen over de omvang van deze belastingplicht binnen de publiekrechtelijke rechtspersoon van het waterschap.

Zo zal bij aanvang van de belastingplicht (veelal per 1 januari 2016, of zoveel later als bepaalde ondernemingsactiviteiten aanvangen) een fiscale openingsbalans moeten worden opgesteld voor de te onderkennen onderneming van het waterschap. Ook zal een administratie moeten worden ingericht op het niveau van deze onderneming, waaruit onder meer de zogeheten etikettering van bedrijfsmiddelen volgt (meer hierover in paragraaf 7.7.6 ‘overige aandachtspunten’). Een waterschap doet er ook goed aan om de resultaten (opbrengsten en kosten) van de bedrijfsmatige (belastingplichtige) activiteiten administratief af te bakenen, zodanig dat er geen discussie kan ontstaan over de toerekening van kosten uit het niet-bedrijfsmatige deel van de activiteiten van het waterschap aan het wel ondernemingsgewijs geëxploiteerde - belastingplichtige - deel van de exploitatie. Zeker wanneer dit alles binnen één rechtspersoon plaatsvindt, verdient het veelal aanbeveling om in dit proces ook afstemming te zoeken met de Belastingdienst. Een praktische handreiking over hoe kosten bij transacties binnen een waterschap toe te rekenen, is te vinden in een publicatie van het SVLO¹⁸¹).

Een andere mogelijkheid om niet-geclusterde belastingplichtige activiteiten van een publiekrechtelijke rechtspersoon niet alleen administratief te oormerken, kan erin bestaan deze juridisch af te zonderen. De ondernemingsactiviteiten worden dan

¹⁸¹) SVLO Notitie verrekenprijzen d.d. 16 december 2016

ondergebracht in een afzonderlijke rechtspersoon. Veel keuzes zijn daarbij denkbaar, maar de besloten vennootschap (BV) die als dochtermaatschappij van een waterschap fungeert, ligt vaak voor de hand. Met het creëren van een aparte rechtspersoon voor de belastingplichtige activiteiten blijft een waterschap zelf mogelijk verschoond van belastingplicht en dreigen ook minder potentiële administratieve fouten.

7.8.2 Administratieplicht

Waterschappen zijn administratieplichtig ingevolge de Algemene wet inzake rijksbelastingen voor zover zij een onderneming drijven. Voor andere rechtspersonen geldt de administratieplicht ongeacht het feit of deze een onderneming drijven. Bestaat administratieplicht, dan kan de belastingwetgeving van invloed zijn op de wijze waarop een administratie moet worden ingericht. Bestaat geen administratieplicht dan kan een waterschap zich beperken tot haar reguliere administratie en worden daaraan vanuit fiscale optiek geen bijzondere voorwaarden gesteld.

Een administratieplichtige is gehouden om van zijn vermogenstoestand en alles betreffende zijn (eventuele) onderneming op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat hieruit te allen tijde zijn rechten en verplichtingen, alsmede de voor de heffing van belasting overigens van belang zijnde gegevens duidelijk blijken. Aan de administratieplicht is daarmee ook een bewaarplicht gekoppeld, die praktisch ten minste zeven jaar bedraagt maar soms (ten aanzien van bepaalde documenten) zelfs meer. Door de administratie- en bewaarplicht kan de Belastingdienst ook achteraf nog controle uitoefenen.

7.8.3 Aangifteplicht en navorderingstermijn

Belastingplicht voor de vennootschapsbelasting houdt in ieder geval in dat jaarlijks een aangifte zal moeten worden ingediend. De administratie van het waterschap zal daarop ingericht moeten worden.

Het verzorgen van een aangifte vennootschapsbelasting kan plaatsvinden via de digitale omgeving (portal) die de Belastingdienst voor iedere belastingplichtige via internet toegankelijk maakt. Staat de belastingplicht van een waterschap vast, maar verzorgt het niet (tijdig) de vereiste aangifte? Dan kunnen (uiteindelijk) ambtshalve aanslagen worden opgelegd en dwangmaatregelen (boetes) volgen om de (geschatte) verschuldigde belasting alsnog te innen.

De aangifteplicht duurt voort zolang er sprake is van belastingplicht. Wijzigt of eindigt de belastingplicht omdat activiteiten worden gestaakt, verkocht, overgaan naar een aparte rechtspersoon of omdat een fiscale wetwijziging optreedt? Dan dient het tot dat moment behaalde fiscale resultaat door het waterschap in een finale aangifte te worden aangegeven. Het verdient vaak de voorkeur om het staken van activiteiten en einde van belastingplicht ook schriftelijk met de Belastingdienst af te stemmen. Het gedurende meerdere jaren niet behalen van fiscale winst door de onderneming¹⁸²⁾ van een waterschap doet in beginsel niet af aan het voortbestaan van de

182) Is op enig moment niet langer sprake van een geobjectiveerd winstoogmerk met deze activiteiten, dan zal het ondernemerschap van het waterschap ten aanzien van deze activiteiten uiteraard eindig kunnen blijken. Dit kan ook van invloed zijn op de mogelijkheden tot verliesverrekening.

belasting- en aangifteplicht. Om de geleden verliezen ook fiscaal formeel vastgesteld te krijgen van de Belastingdienst (zodat ze ook met winsten van het waterschap in andere jaren ‘verrekend’ kunnen worden), is altijd een aangifte nodig.

Evenals voor de omzetbelasting, kan de Belastingdienst formeel (bij een “nieuw feit”) nog terugkomen op het verleden van een vennootschapsbelastingplichtig waterschap gedurende maximaal vijf jaar. Dat betekent dat navordering in 2017 nog mogelijk is over de voorliggende jaren sinds 2012 waarin belastingplicht heeft bestaan bij een waterschap. Alle eventueel in die jaren niet of onjuist aangegeven verschuldigde belasting kan in beginsel nog worden nagevorderd. Wij merken op dat waterschappen in de periode tot 2016 gebruikelijk niet belastingplichtig waren, waardoor een navorderingsrisico gering zal zijn.

7.8.4 Verliesverrekening

Om in enig jaar tot het belastbare bedrag van een onderneming te komen (de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting), dient de in enig jaar genoten fiscale winst te worden verminderd met de te verrekenen verliezen.¹⁸³⁾

De fiscale hoofdregel is daarbij dat verliezen één jaar kunnen worden ‘teruggewenteld’ en negen jaren kunnen worden ‘vooruitgewenteld’. Met andere woorden: een verlies uit het jaar 2017 kan worden verrekend met winsten uit het jaar 2016 en winsten uit de jaren 2018 tot en met 2026. Als de verliezen uit 2017 eind 2026 niet zijn verrekend, dan gaan ze fiscaal teniet.

Bij de overdracht van een (aandelen)belang in belastingplichtige activiteiten kunnen wettelijke beperkingen worden gesteld aan verliesverrekening. Een nieuwe eigenaar of een samenwerkingsverband doet er goed aan zich hiervan op de hoogte te stellen voordat men activiteiten overneemt van een waterschap. De aanwezigheid van verrekenbare verliezen binnen een onderneming is bovendien van mogelijke invloed op de waarde van die activiteiten. Dergelijke verliezen leiden veelal immers tot minder effectieve belastingdruk op toekomstige winsten.

7.8.5 Overige aandachtspunten bij belastingplicht

Belastingplicht betekent dat het waterschap rekening heeft te houden met de regels uit de vennootschapsbelasting. Hierna wordt kort ingegaan op enkele belangrijke aspecten van deze wetgeving, zoals:

- a) etiketteringsvraagstukken
- b) afschrijvingsbeperkingen
- c) fiscale reserves
- d) investeringsfaciliteiten
- e) innovatiefaciliteiten.

183) De belastbare winst is de winst verminderd met aftrekbare giften; gezien het geringe praktische belang daarvan voor waterschappen laten wij deze regelgeving hier verder onbehandeld.

Onderneming

Toelichting:

a) Etiketteringsvraagstukken

Indien een onderneming¹⁸⁴⁾ wordt onderkend binnen een waterschap, is de vraag welke zaken aan die ondernemingsactiviteiten van het waterschap moeten worden toegerekend. Immers, niet het gehele waterschap wordt voor vennootschapsbelastingdoeleinden als onderneming beschouwd. In dit verband zijn voor het waterschap zaken in drie categorieën te onderscheiden, namelijk: 1) verplicht ondernemingsvermogen, 2) verplicht niet-ondernemingsvermogen en 3) keuzevermogen. Indien sprake is van zaken die nagenoeg geheel (voor 90% of meer) door de onderneming worden gebruikt, is sprake van verplicht ondernemingsvermogen en worden deze zaken dus betrokken in de heffing van vennootschapsbelasting. Indien zaken nagenoeg geheel (voor 90% of meer) worden gebruikt buiten het ondernemingsdeel van het waterschap, dan is sprake van verplicht niet-ondernemingsvermogen dat niet wordt betrokken in de heffing van vennootschapsbelasting. Bij gemengd gebruik (indien geen van beide voorgaande gevallen aan de orde is) is sprake van keuzevermogen en kan worden gekozen om het betreffende vermogen volledig aan het ondernemingsvermogen toe te rekenen óf volledig aan het niet-ondernemingsvermogen toe te rekenen. De keuze van het waterschap om bepaalde zaken te rekenen tot het ondernemingsvermogen, moet blijken uit de administratie van de onderneming en de aangifte vennootschapsbelasting.

b) Afschrijvingsbeperkingen

De afschrijving die een waterschap jaarlijks op bedrijfseconomische grond toepast op haar bedrijfsmiddelen wordt in beginsel gevolgd ter bepaling van het belastbaar bedrag. Aspecten zoals technische en economische levensduur, restwaarde maar ook de kwalificatie als bedrijfsmiddel vormen daarbij aandachtspunten. Evenals het volgen van een bestendig gedragslijn en de beginselen van ‘goed koopmansgebruik’.

Belangrijk om op te merken over afschrijvingsbeperkingen is dat de fiscale regelgeving grenzen stelt aan de afschrijvingslasten die fiscaal in aanmerking mogen worden genomen. Fiscaal bestaat namelijk voor bedrijfsmiddelen de beperking dat hier maximaal 20% per jaar op mag worden afgeschreven. Voor eventuele goodwill is dit maximale percentage zelfs beperkt tot 10%. Dit betreft de maximale percentages. Indien de zakelijke gebruiksduur van een bedrijfsmiddel langer is, dient een lager percentage te worden gehanteerd.

Daarnaast geldt voor gebouwen die tot het ondernemingsvermogen van een waterschap behoren (vergelijk etiketteringsvraag hiervoor) dat deze niet mogen worden afgeschreven tot een lagere waarde dan de zogeheten ‘bodemwaarde’. Deze bodemwaarde bedraagt voor een gebouw dat aan een ander persoon of lichaam ter beschikking wordt gesteld 100% van de WOZ-waarde en voor een gebouw in eigen gebruik 50% van de WOZ-waarde. Zie goed dat de onderneming van een waterschap die wordt geconfronteerd met een fiscale beperking in de afschrijvingslasten, een hogere belastbare winst realiseert. Het gevolg daarvan is een hogere effectieve belastingdruk voor het waterschap.

c) Fiscale reserves

Daarnaast bestaan mogelijkheden om fiscale winst uit te stellen door middel van de vorming van reserves. Een voorbeeld hiervan is de fiscale faciliteit om een herinvesteringsreserve te vormen ter zake van de boekwinst die wordt gemaakt bij de verkoop van een bedrijfsmiddel. Deze winst kan hiervoor worden gereserveerd, indien het voornemen bestaat om deze binnen drie jaar te herinvesteren in een ander bedrijfsmiddel. Over deze winst wordt dan de belastingheffing uitgesteld tot het moment dat deze vrijvalt als het voornemen uiteindelijk niet tot een herinvestering leidt of doordat de herinvesteringsreserve wordt afgeboekt op de aanschafwaarde van het nieuwe bedrijfsmiddel. In dat laatste geval kunnen in de toekomst minder afschrijvingskosten ten laste van de fiscale winst worden gebracht.

Ook bestaan de zogenaamde stille reserves en de goodwill. Dit is de meerwaarde van bedrijfsmiddelen boven de waarde die op de fiscale ondernemingsbalans tot uitdrukking komt (stille reserves) en de meerwaarde van de onderneming als geheel boven de waarde van de losse bedrijfsmiddelen (goodwill). Voor deze reserves geldt dat de winst pas tot uitdrukking komt als een bedrijfsmiddel wordt verkocht (in het geval van stille reserves) of als de gehele onderneming wordt verkocht of gestaakt (in het geval van goodwill).

d) Investeringsfaciliteiten

Om het investeringsklimaat te stimuleren, kent de fiscale wetgeving de investeringsaftrek. Deze bestaat uit drie onderdelen: de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek, de milieu-investeringsaftrek en de energie-investeringsaftrek.

Kleinschaligheidsinvesteringsaftrek

Bij de investering in een bedrijfsmiddel kan onder voorwaarden een kleinschaligheidsinvesteringsaftrek worden geclaimd. Een percentage van het investeringsbedrag kan dan in het jaar van de investering ten laste van de winst worden gebracht. Het percentage van de aftrek neemt af naarmate het investeringsbedrag groter wordt. Bij overschrijding van een bepaald bedrag (€ 312.176 in 2017) bestaat in het geheel geen recht meer op kleinschaligheidsaftrek.

Milieu-investeringsaftrek

Belastingplichtigen die investeren in niet eerder gebruikte milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen kunnen voorts in aanmerking komen voor de milieu-investeringsaftrek. Ook de milieu-investeringsaftrek levert een voordeel op, aangezien een deel van het investeringsbedrag direct ten laste van de winst in het jaar van investeren mag worden gebracht. Afhankelijk van het soort investering en de categorisering daarvan als milieuvriendelijk door de overheid, mag (in 2017) 36%, 27% of 13,5% worden afgetrokken. Ook aan deze faciliteit zijn nadere voorwaarden verbonden, aangezien ook hiermee de jaarlijkse belastingdruk kan worden verlaagd.

Energie-investeringsaftrek

Voor investeringen in energiebesparende, niet eerder gebruikte bedrijfsmiddelen komen onder voorwaarden belastingplichtigen in aanmerking die de investeringen verrichten in bepaalde door de overheid aangewezen bedrijfsmiddelen. De aftrek

Herinvesteringsreserve

Stille reserves en de goodwill

Milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen

184) Dit vraagstuk doet zich ook voor wanneer binnen de activiteiten van een waterschap meer dan één onderneming wordt onderkend. De wetgeving bepaalt dat de ondernemingen van een publiekrechtelijke rechtspersoon geacht moeten worden tezamen één onderneming te vormen.

bedraagt 55% (2017¹⁸⁵⁾) indien de investeringen in het bedrijfsmiddel in het jaar meer dan € 2.500 bedragen en minder dan € 120 miljoen. In tegenstelling tot de reguliere kleinschaligheidsaftrek betekent een overschrijding van de maximumlimiet niet dat het recht op energie-investeringsaftrek voor het totale bedrag vervalt. Alleen over het surplus wordt geen energie-investeringsaftrek verleend.

Desinvesteringsbijtelling

Als spiegelbeeld en sluitstuk van de regelgeving voor de investeringsaftrek geldt de desinvesteringsbijtelling. Als bedrijfsmiddelen binnen vijf jaar na aanvang van het investeringsjaar worden vervreemd¹⁸⁶, dient bij de winst een bijtelling plaats te vinden. De bijtelling wordt berekend naar het eerder verleende percentage aan investeringsaftrek en wel over de overdrachtsprijs, met als maximum het investeringsbedrag.

Willekeurige afschrijving milieubedrijfsmiddelen

Belastingplichtigen kunnen de aanschaffingskosten of de voortbrengingskosten van een aantal aangewezen bedrijfsmiddelen ('VAMIL') willekeurig afschrijven tot een maximum van 75% (2017). Willekeurige afschrijving biedt het voordeel dat belastingplichtigen het tempo van afschrijving zelf kunnen bepalen en niet gehouden zijn aan het tempo dat de wet regulier dicteert. Een percentage van de aanschaffings- en voortbrengingskosten van het aangewezen bedrijfsmiddel is vervroegd aftrekbaar van de fiscale winst. Daarmee kan het belastbaar bedrag dus worden beïnvloed.

Als subsidie wordt ontvangen voor een aangewezen bedrijfsmiddel, moet het subsidiebedrag voorafgaand aan willekeurige afschrijving eerst worden afgetrokken van de aanschaffings- of voortbrengingskosten. Aangewezen milieubedrijfsmiddelen zijn milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen. Het doel van deze regeling is het stimuleren van de marktintroductie van milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen. De overheid wil zo een bijdrage aan dergelijke investeringen leveren. In een jaarlijks te publiceren lijst staan de bedrijfsmiddelen vermeld die onder de regeling vallen.

e) Innovatiefaciliteiten

De overheid voert al jaren een beleid om innovatie in Nederland te stimuleren. Daartoe zijn binnen de vennootschapsbelasting een aantal regelingen van kracht. Wij gaan hier kort in op de afdrachtsvermindering loonheffingen (WBSO) en de innovatiebox.

Afdrachtsvermindering loonheffingen (WBSO)

Voor werknemers van een onderneming die direct zijn betrokken bij zoek- en ontwikkelingswerk waarvoor een zogeheten S&O-verklaring is afgegeven, bestaat recht op een afdrachtsvermindering op de loonkosten van deze werknemers. De afdrachtsvermindering wordt uitgedrukt in een percentage van het kwalificerende loon. De percentages worden jaarlijks aangepast, maar voor 2017 bedraagt het 32% van de eerste € 350.000 aan loonkosten en 16% van de daarboven uitgaande

loonkosten. Strikt genomen vormt deze fiscale subsidie op loonkosten geen faciliteit in de vennootschapsbelasting. Om toegang te krijgen tot de innovatiebox (vergelijk hierna) heeft de WBSO echter een groot belang én is het relevant dat het waterschap ten minste een onderneming drijft.

Innovatiebox

Via de innovatiebox kunnen ondernemers hun winsten die behaald worden met innovatieve activiteiten onderbrengen in een speciale tariefbox binnen de vennootschapsbelasting (innovatiebox). De winst die in de innovatiebox valt, wordt belast tegen een effectief tarief van slechts 5% in plaats van maximaal 25%. Dit betekent dus een maximale winstvrijstelling van maar liefst 80%. Er zijn uiteraard voorwaarden aan deze faciliteit. De voornaamste is dat een belastingplichtige een octrooi of een zoek- en ontwikkelingsverklaring (S&O-verklaring) heeft gekregen voor een zelf voortgebracht immaterieel vast actief. Een S&O-verklaring is veelal eenvoudiger te verkrijgen dan een octrooi, maar bedenk wel dat een S&O-verklaring aangevraagd moet worden vóór wordt begonnen met de ontwikkelingsactiviteiten.

7.9 Handreiking vennootschapsbelasting in relatie tot energie en grondstoffen

Wanneer een waterschap zich gaat bezighouden met het produceren van gas, elektriciteit of warmte en deze energie gaat leveren aan derden, dan zal het rekening moeten houden met de mogelijke heffing van vennootschapsbelasting. Bij het berekenen van het rendement van een businessplan kan dit betekenen dat rendement 'weglekt' naar de Belastingdienst.

7.10 Uitdagingen en mogelijke oplossingen

Waterschappen die ondernemend zijn en bijvoorbeeld energie opwekken en leveren, kunnen (gedeeltelijk) aan te merken zijn als vennootschapsbelastingplichtig. Ook krijgen de overheidsondernemingen die door waterschappen worden geëxploiteerd de komende jaren extra aandacht vanuit de Belastingdienst. Dit betekent dat de fiscale positie van waterschappen meer belangstelling krijgt. Niet enkel op het gebied van de vennootschapsbelasting, maar veelal ook voor de overige belastingmiddelen.

Hoewel uit een inventarisatie¹⁸⁷⁾ in 2017 uitgevoerd bij vier waterschappen blijkt dat zij op grond van hun werkzaamheden (nagenoeg) niet in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken, merken wij op dat dit bestaande activiteiten betreft. Onderneemt een waterschap nieuwe, winstgevendende activiteiten die (op termijn) ook schaal krijgen, dan zal belasting- en aangifteplicht naar verwachting aan de orde komen.

7.11 Risicoanalyse

Het voornaamste risico op het gebied van de vennootschapsbelasting is dat het bestaan van belastingplicht niet tijdig of niet in volle omvang wordt onderkend. Afhankelijk van het exploitatieresultaat van de onderneming van een waterschap, vormt de daaruit voortkomende materiële heffing een last voor het waterschap. In

185) Het aftrekpercentage van de Energie-investeringsaftrek is in de loop van 2017 met terugwerkende kracht per 1 januari 2017 verlaagd van 57,5% tot 55%.
186) Aan vervreemden is in dit verband gelijk te stellen: het onttrekken aan de onderneming (bijvoorbeeld door verkoop of het staken van de onderneming) of het wijzigen van de bestemming van een goed zodanig dat niet meer aan de voorwaarden voor de eerder genoten investeringsaftrek wordt voldaan.

187) Vergelijk het stappenplan van de UVW in de pragmatische lijn, <https://www.uvw.nl/wp-content/uploads/2017/03/LB-88940-bijlage-1-Vastlegging-besproken-pragmatische-lijn.pdf>

Bijtelling

Aangewezen
bedrijfsmiddelen

Afdrachtsvermindering op
de loonkosten

Maximale winstvrijstelling

Overheidsondernemingen

ieder geval bestaat bij het niet correct of tijdig verzorgen van een aangifte ook in formele zin het risico dat de Belastingdienst overgaat tot het opleggen van verzuim- of soms zelfs vergrijpboetes. Afhankelijk van de mate van verwijtbaar handelen, ontstaan zo extra kosten voor het waterschap.

7.12 Checklist

Belastingplicht

- Drijft het waterschap momenteel een onderneming en in hoeverre zijn objectieve vrijstellingen van toepassing? Het stappenplan¹⁸⁸⁾ van de UVW kan hierbij dienstbaar zijn.
- Wat is de omvang van de belastingplichtige onderneming binnen het waterschap?

Winst en belastingdruk

- Wordt er (op termijn) fiscale winst verwacht met bestaande of nieuwe activiteiten? Hoe zorgt het waterschap ervoor dat (aanloop) verliezen dan ook fiscaal worden vastgesteld en voor verrekening met toekomstige winsten in aanmerking komen?
- Is de effectieve belastingdruk te verminderen door gebruik van fiscale faciliteiten?

7.13 Energiebelasting

Samenvatting energiebelasting

Bij het leveren van elektriciteit of gas kan een waterschap verplicht worden energiebelasting in rekening te brengen aan zijn afnemers. Vanwege het degressieve karakter van het daarbij te hanteren tarief krijgt de energiebelasting een groter belang voor een waterschap naarmate er wordt geleverd aan een groter aantal (kleine) verbruikers. Ook nemen de administratieve verplichtingen dan toe. De strategische wijziging van louter eigen gebruik van gewonnen (zuiver) biogas en de elektriciteit daaruit naar de levering daarvan aan derden, leidt veelal tot een wijziging in de belastingplicht voor de energiebelasting.

7.14 Beschrijving van het fiscale landschap

7.14.1 Wet- en regelgeving

De energiebelasting maakt formeel deel uit van de Wet belastingen op milieugrondslag (Wbm). Het primaire doel van de heffing van deze Rijksbelasting is het verkrijgen van algemene middelen, maar als voorname secundaire overweging wordt met deze verbruiksbelasting op milieugrondslag beoogd milieueffecten te realiseren.

Verbruiksbelasting

188) <https://www.uvw.nl/wp-content/uploads/2017/03/LB-88940-bijlage-1-Vastlegging-besproken-pragmatische-lijn.pdf>

Met de heffing van energiebelasting wordt in de eerste plaats beoogd een financiële prikkel te geven tot energiebesparing en de beperking van CO₂-uitstoot. In de tweede plaats past de heffing van energiebelasting, evenals de belasting op milieugrondslag op brandstoffen, afvalstoffen en grondwateronttrekking, in een beleid om te komen tot een verschuiving van belastingdruk in inkomen uit arbeid naar belastingdruk op milieubezwarende activiteiten. De regelgeving is zeer technisch en gedetailleerd van aard en kent veel variabelen die van invloed zijn op de verschuldigde belasting.

Energiebelasting wordt geheven van elektriciteit en aardgas. Met betrekking tot energie uit duurzame energiebronnen (hernieuwbare energiebronnen) is voorzien in een bijzondere regeling, omdat deze energievormen uit milieuoogpunt zo veel mogelijk bevorderd moeten worden.

Zogeheten hernieuwbare energiebronnen zijn windenergie, zonne-energie, aardwarmte, golfenergie, getijdenenergie, waterkracht, biomassa, alsmede stortgas, rioolwaterzuiveringsgas en biogas.¹⁸⁹⁾ De gassen komen tot stand door bijvoorbeeld vergassing, (co-)vergisting of pyrolyse van de biologisch afbreekbare fracties zoals genoemd in de definitie van biomassa. In het kader van de heffing van energiebelasting worden deze gassen als aardgas aangemerkt. Biogas is de verzamelnaam voor alle gassen die door pyrolyse, vergassing, vergisting en dergelijke van biomassa tot stand komen. Biogas kan evenals biomassa zuiver en niet-zuiver zijn. Zuivere biomassa is ontgonnen uit geheel biologisch afbreekbare stoffen. In een uitvoeringsregeling worden regels gesteld voor het begrip ‘zuivere biomassa’: bij zuivere biomassa mag de onvermijdbare verontreiniging van materiaal met kunststoffen en andere materialen van langcyclische organische oorsprong niet meer zijn dan 3 massaprocent.

7.14.2 Belastingplichtige in de energiebelasting

Met betrekking tot aardgas en elektriciteit wordt energiebelasting in beginsel geheven van degene die de levering via het distributienet aan de verbruiker verricht (de energiedistributiebedrijven). De heffing van energiebelasting op andere brandstoffen dan aardgas (gasolie, halfzware olie en lpg) vindt plaats via het systeem van de heffing van accijnzen.

Energiebelasting wordt door de winner/producent geheven van de verbruiker van het aardgas of elektriciteit. Daarnaast kan energiebelasting verschuldigd worden door de winner/producent door levering via een beurs en de levering van aardgas of elektriciteit aan een CNG-vulstation. Tot slot wordt energiebelasting geheven over het eigen verbruik van aardgas of elektriciteit door (een) (rechts)perso(n)en die via een aansluiting aardgas of elektriciteit aan de verbruiker levert. Indien dit eigen gebruik opgewekt wordt door middel van hernieuwbare energiebronnen, dan is er toch geen sprake van een belaste levering. Tenzij de elektriciteit is opgewekt uit biomassa die niet als zuivere biomassa wordt aangemerkt.

189) De begrippen stortgas, rioolwaterzuiveringsgas en biogas zijn geïntroduceerd ter vervanging van de oude term ‘aardgas afkomstig uit de omzetting van biomassa’, ook genoemd ‘overige gassen’.

Levert de producent van elektriciteit of aardgas aan een organisatorische eenheid die zich bezighoudt met het leveren van aardgas of elektriciteit, dan ontstaat daarmee geen belastingplicht. De belastingplichtige is gehouden periodiek (maandelijks) een aangifte energiebelasting te verzorgen en de verschuldigde heffing op aangifte af te dragen. Het heffingsproces van deze aangiftebelasting is daarmee te vergelijken met de omzetbelasting.

7.14.3 Belastbaar feit

Energiebelasting wordt onder meer geheven over de levering van elektriciteit of aardgas via een aansluiting aan de gebruiker. Indien een levering plaatsvindt via een aansluiting aan iemand die op zijn beurt via een aansluiting aan een gebruiker levert, wordt over de eerstgenoemde levering onder voorwaarden geen energiebelasting geheven. De enkele ‘teruglevering’ door een waterschap aan een energiematschappij zal zodoende regulier niet tot afdracht door het waterschap leiden.

Naast levering aan een gebruiker, kan ook eigen gebruik van de winst/producent leiden tot een levering van aardgas of elektriciteit. De gebruiker is in dat geval belastingplichtig. Tot slot zijn ook gebruikers die aardgas of elektriciteit hebben gekocht via een beurs belastingplichtig.

De belasting wordt verschuldigd:

- a) in gevallen waarin een voorschotnota wordt uitgereikt of, indien geen voorschotnota wordt uitgereikt, een voorschotnota wordt ontvangen:
 - 1) op het tijdstip waarop een voorschotnota wordt uitgereikt onderscheidenlijk een voorschotbedrag wordt ontvangen
 - 2) op het tijdstip van de uitreiking van de eindfactuur over een verbruiksperiode
- b) in gevallen waarin geen voorschotnota wordt uitgereikt of voorschotnota wordt ontvangen, maar wel een factuur wordt uitgereikt: op het tijdstip van de uitreiking van de factuur
- c) in alle overige gevallen: op het tijdstip waarop de levering plaatsvindt.

Praktisch is het tijdstip waarop energiebelasting verschuldigd wordt daarmee zoveel mogelijk aansluitend bij het tijdstip waarop omzetbelasting verschuldigd wordt.

7.14.4 Heffingsgrondslag

De heffingsgrondslag van de energiebelasting is gerelateerd aan het koolstofgehalte en aan de energie-inhoud. Het hanteren van een dergelijke grondslag leidt voor de verschillende te belasten objecten tot tarieven, die onderling een relatie hebben. Voor het belastingobject aardgas (inclusief biogas) kan deze grondslag rechtstreeks worden toegepast. Omdat elektriciteit zelf geen koolstofinhoud heeft, is de hoogte van het tarief voor elektriciteit gerelateerd aan de hoogte van de tarieven op de brandstoffen, die worden ingezet voor de opwekking van elektriciteit.

Heffingsgrondslag

7.14.5 Tarief

De belasting wordt voor aardgas berekend per eenheid brandstof, uitgedrukt in kubieke meter (Nm³ ¹⁹⁰⁾) en voor elektriciteit per eenheid energie-inhoud, uitgedrukt in kWh. Afhankelijk van de koolstofinhoud van aardgas (inclusief biogas) ¹⁹¹⁾ en de bovenste verbrandingswaarde van 35,17 megajoule per Nm³, bedraagt het tarief (2017), voor dat gedeelte van de geleverde hoeveelheid per verbruiksperiode van twaalf maanden per aansluiting dat:

- niet hoger is dan 170.000 kubieke meter (Nm³), in beginsel € 0,25244 per Nm³
- hoger is dan 170.000 Nm³, maar niet hoger dan 1.000.000 Nm³, € 0,06215 per Nm³
- hoger is dan 1.000.000 Nm³, maar niet hoger dan 10.000.000 Nm³, € 0,02265 per Nm³
- hoger is dan 10.000.000 Nm³, € 0,01216 per Nm³.

Is de verbrandingswaarde van aardgas hoger of juist lager dan 35,17 megajoule per Nm³, dan worden de genoemde tarieven en hoeveelheidsgrenzen naar evenredigheid verhoogd of juist verlaagd.

Voor elektriciteit bedraagt het tarief, voor dat gedeelte van de geleverde hoeveelheid per verbruiksperiode van twaalf maanden per aansluiting dat:

- niet hoger is dan 10.000 kWh, kWh € 0,10130
- hoger is dan 10.000 kWh, maar niet hoger dan 50.000 kWh, € 0,04901 per kWh
- hoger is dan 50.000 kWh, maar niet hoger dan 10.000.000 kWh, € 0,01305 per kWh
- hoger is dan 10.000.000 kWh, € 0,00107 per kWh voor niet-zakelijk gebruik en € 0,00053 per kWh voor zakelijk gebruik.

Wanneer er niet meer dan 10,000 kWh wordt geleverd aan een oplaadinstallatie voor elektrische voertuigen die beschikken over een zelfstandige aansluiting, dan geldt voor die levering het tarief (2017) dat zou gelden wanneer er tussen de 10,000 kWh en 50,000 kWh werd geleverd (thans € 0,04901).

De tariefstructuur voor de energiebelasting is duidelijk degressief van aard. Naar mate meer aardgas of elektriciteit wordt geleverd, daalt het verschuldigde tarief.

7.14.6 Heffingskortingen

De energiebelasting kent ter zake van de levering van elektriciteit en aardgas enkele tegemoetkomingen in de vorm van belastingvermindering en vrijstellingen. De voornaamste is een vermindering (heffingskorting) ter zake van de levering van elektriciteit. Deze vermindering bedraagt (in 2017) € 308,54 per verbruiksperiode van twaalf maanden per elektriciteitsaansluiting met betrekking tot onroerende zaken die (kortweg) als woning of bedrijfsruimte dienen. Voor electriciteitsaan-

Tegemoetkomingen

190) De hoeveelheid gas die, bij de temperatuur van nul graden Celsius en onder absolute druk van 1,01325 bar, een volume van één kubieke meter inneemt.
191) Voor aardgas dat geleverd wordt aan een zogeheten CNG-vulstation geldt een ander tarief.

sluitingen zonder verblijfsfunctie is de belastingvermindering energiebelasting met invang van 2015 afgeschaft.

7.14.7 Administratieplicht

Volgens de fiscale wetgever moet de administratie van de belastingplichtige alle gegevens bevatten die voor de heffing van belang zijn, zoals:

- de hoeveelheden aardgas en elektriciteit die zijn geleverd
- de opbouw van voorschotbedragen
- de belasting begrepen in voorschotbedragen
- de belasting begrepen in (eind)facturen
- het aantal aansluitingen voor aardgas en elektriciteit
- de periode van aansluiting
- het eigen gebruik
- de toepassing van de tarieven en vrijstellingen.

7.14.8 Aangiftebelasting

De energiebelasting moet per tijdvak op aangifte worden voldaan. De belastingplichtige moet de belasting op de aangifte betalen binnen één maand na afloop van het tijdvak. Het tijdvak is de kalendermaand. De aangifte moet dus ook maandelijks plaatsvinden. Slechts in bijzondere gevallen kan de Belastingdienst toestaan dat een ander tijdvak wordt gehanteerd.

7.15 Handreiking energiebelasting in relatie tot energie en grondstoffen

Wanneer een waterschap gas of elektriciteit ‘aan zichzelf gaat leveren’ via een aansluiting aan de gebruiker, ofwel eigen verbruik plaatsvindt, dan zal het rekening moeten houden met de mogelijke heffing van energiebelasting. Energiebelasting is een aangiftebelasting waarvan de heffingslast bij de gebruiker ligt. Voor het rendement van een businessplan van een waterschap zullen de gevolgen veelal beperkt zijn. Wel hangen met het belastingplichtig worden de nodige formaliteiten en processen samen, die uiteraard uitvoeringslasten met zich meebrengen.

7.16 Uitdagingen en mogelijke oplossingen

Waterschappen die (zuiver) biogas leveren aan gebruikers of bijvoorbeeld met zelf gewonnen biogas elektriciteit produceren en dit leveren aan gebruikers, zijn aan te merken als belastingplichtig voor de energiebelasting. Met name als de winning of productie van (zuiver) biogas of de elektriciteit daaruit wijzigt en er niet langer uitsluitend eigen gebruik plaatsvindt, is het zaak om de (administratie en) verplichtingen voor de heffing van energiebelasting tijdig te onderkennen.

7.17 Risicoanalyse

Het voornaamste risico op het gebied van de energiebelasting is dat het bestaan van belastingplicht niet tijdig wordt onderkend. Afhankelijk van een zeer grote hoeveelheid variabelen (zoals gebruikers, eigen gebruik, aansluitingen, tarief, vrijstellingen, zuiverheid van biomassa) moet invulling worden gegeven aan de fiscale verplichtingen.

7.18 Checklist

Belastingplicht

- Wordt er aardgas (zoals biogas) of elektriciteit gewonnen en geleverd aan gebruikers of voor eigen gebruik aangewend?
- Hoe bepaalt het waterschap de verschuldigde energiebelasting?
- Hoe geeft het waterschap invulling aan de administratieve verplichtingen van de energiebelasting?

Tijdvak

Energierecht

Hoofdstuk 8



Koude Centrale Steenwijk: Koude uit een diepe zandwinplas voor het koelen van een bedrijventerrein

8.1 Samenvatting

In dit hoofdstuk is beschreven met welke energiewet- en regelgeving waterschappen rekening moeten houden als zij zelf energie produceren en deze energie hetzij zelf verbruiken, dan wel willen leveren aan derden. Aan de orde komt de wet- en regelgeving ten aanzien van respectievelijk elektriciteit, gas en warmte en de Garanties van Oorsprong.

De markt voor productie van elektriciteit is vrij en in beginsel mag een waterschap zelf elektriciteit produceren en deze zelf gebruiken. Een waterschap kan de elektriciteit die zij produceert maar niet zelf gebruikt terug leveren aan het elektriciteitsnet, waarvoor het waterschap een terugleververgoeding kan krijgen. Het waterschap dient de elektriciteit via een leverancier te verkopen aan een programmaverantwoordelijke (PV-partij). Daartoe moet het waterschap aan het energiebedrijf alsmede aan de netbeheerder doorgeven dat het wil gaan terug leveren.

Een waterschap kan de opgewekte elektriciteit ook leveren aan derden. Daartoe kan een waterschap met deze derden contracten sluiten. Elke leverancier van elektriciteit moet op grond van de Elektriciteitswet 1998 een programmaverantwoordelijke hebben. Deze partij is verantwoordelijk voor de inkoop van elektriciteit.

Waterschappen zijn op grond van de Elektriciteitswet 1998 aan te merken als grootverbruikers. Levering van elektriciteit door waterschappen aan grootverbruikers is vrij en mag zonder vergunning. Voordeel is dat een waterschap als grootverbruiker de inkoop van energie zelf kan regelen en niet verplicht is om energie in te kopen bij

leveranciers die beschikken over een vergunning. Als het waterschap elektriciteit wil verkopen aan kleinverbruikers, moet het waterschap beschikken over een vergunning, tenzij er sprake is van een uitzonderings situatie zoals opgenomen in de Elektriciteitswet. De vergunning moet worden aangevraagd bij de Autoriteit Consument en Markt.

Als een waterschap beschikt over een particulier elektriciteitsnet, kan het waterschap om ontheffing vragen van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder voor een elektriciteitsnet. Er is sprake van een particulier elektriciteitsnet als er hetzij sprake is van een gesloten distributiesysteem dan wel als er sprake is van een directe lijn.

De markt van de productie van biogas en de opwerking en invoeding van groen gas is liberaal. Dit betekent dat waterschappen de vrijheid hebben te bepalen of ze gas willen produceren, waar ze dit willen produceren en aan/van welke partijen ze dit willen (ver)kopen. Het waterschap kan het opgewekte (onbewerkte) biogas zelf gebruiken of verkopen aan derden. Ook kan het biogas worden opgewerkt tot groen gas. Opwerking tot groen gas is vereist als het gas wordt ingevoed in een aardgasnetwerk. Om groen gas te kunnen invoeden op het aardgasnet heeft een waterschap een aansluiting op het net nodig.

Een waterschap mag zonder vergunning gas leveren aan grootverbruikers. Waterschappen worden aangemerkt als grootverbruiker, indien zij over een aansluiting beschikken met een capaciteit van meer dan 40 m³ per uur. Indien een waterschap gas wil leveren aan kleinverbruikers, is op grond van de Gaswet een vergunning vereist. Een vergunning is niet vereist indien er sprake is van een levering ‘anders dan bedrijfsmatig’ of in het kader van een samenwerkingsverband van kleinverbruikers.

Op 1 januari 2014 is de nieuwe Warmtewet in werking getreden. Het doel van de Warmtewet en de daarop gebaseerde regelgeving is het beschermen van kleinverbruikers (dat wil zeggen verbruikers met een aansluiting van maximaal 100 kW, zijnde consumenten en klein zakelijke afnemers) die van warmtelevering afhankelijk zijn voor wat betreft ruimteverwarming en tapwater.

De markt voor productie van warmte is vrij. Een waterschap mag zelf warmte produceren en deze zelf gebruiken. De Warmtewet is van toepassing indien er warmte wordt geleverd aan verbruikers in de zin van de Warmtewet, te weten verbruikers met een warmteaansluiting tot 100 kW. Indien een waterschap warmte wil leveren aan kleinverbruikers, moet het waterschap een vergunning aanvragen bij de Minister van Economische Zaken. Een vergunning is niet vereist in geval van kleinschalige levering van warmte, zoals bepaald in de Warmtewet.

De Warmtewet regelt niet de levering van warmte aan grootverbruikers. Concreet betekent dit dat wanneer een waterschap warmte zou willen leveren aan een grootverbruiker, het waterschap geen vergunning nodig heeft en in beginsel vrij is om een prijs te bepalen en voorwaarden te stellen aan de levering van warmte.

Per 1 januari 2015 geldt de ‘Regeling garanties van oorsprong voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit’. Deze nieuwe ‘verzamelregeling’ geldt voor zowel elektriciteit, gas en warmte. Wie hernieuwbare stroom produceert, krijgt niet alleen de beschikking over de opgewekte elektriciteit, maar

kan ook subsidie verkrijgen en certificaten. Deze certificaten worden Garanties van Oorsprong (GVO’s) genoemd en geven aan waar de stroom is opgewekt en op welke wijze. Ze dienen om te bewijzen dat de geleverde elektriciteit daadwerkelijk duurzaam is opgewekt.

De GVO’s bestaan uitsluitend in elektronische vorm. GVO’s worden uitgegeven per 1 MWh. Eventuele restwaarde in de productie wordt per KWh op de productierekening van de producent bijgeschreven. Nadat GVO’s voor netlevering op een rekening zijn geboekt, zijn ze geldig tot uiterlijk een jaar na het einde van de productieperiode waarvoor de GVO is uitgegeven. Dit betekent dat een leverancier van duurzame energie de GVO maximaal een jaar kan gebruiken om aan te tonen dat de door hem geleverde energie op duurzame wijze is opgewekt. Iedere in Nederland gevestigde handelaar kan de minister verzoeken om een rekening te openen. Vervolgens kunnen de GVO verkocht worden, waarbij de eigenaar van de GVO aan de minister de wens te kennen kan geven deze over te boeken naar de rekening van degene die de GVO heeft gekocht. De ACM houdt toezicht op de markt voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit en het systeem van GVO’s.

8.2 Inleiding wet- en regelgeving energie

Waterschappen kennen verschillende redenen om energie te produceren. In de eerste plaats is energie een ‘restproduct’ van de primaire processen. In de tweede plaats is de ligging van grond, dijken en andere kunstwerken van waterschappen vaak zeer geschikt voor het plaatsen van alternatieve energiebronnen, zoals windmolens en zonnecellen.

Doordat het produceren van energie steeds rendabeler wordt, kunnen steeds meer waterschappen dit gebruiken om de eigen energie inkoop te reduceren. Omdat het gaat om duurzame energie, wordt dit gebruikt om de ‘voetafdruk’ van de waterschappen te verkleinen.

Deze paragraaf beschrijft achtereenvolgens de wet- en regelgeving op het gebied van productie, gebruik en levering door waterschappen van elektriciteit, gas en warmte.

8.3 Elektriciteit: beschrijving van het juridische landschap

8.3.1 Wet- en regelgeving

Op de elektriciteitsmarkt in Nederland zijn verschillende spelers actief. Dit zijn de producenten van elektriciteit, leveranciers van elektriciteit, (groot)handelaren in elektriciteit, de netbeheerders en de meetbedrijven. De netbeheerder is als nutsbedrijf wettelijk verantwoordelijk voor het fysieke transport van elektriciteit.

Bij de netbeheerders moet onderscheid worden gemaakt tussen de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet (TenneT) en de regionale netbeheerders.

Beheerder

Onder meer de volgende wet- en regelgeving¹⁹²⁾ is op hoofdlijnen van toepassing in relatie tot de productie en levering van elektriciteit:

¹⁹²⁾ De uitwerking van de Elektriciteitswet vindt plaats in diverse beleidsregels, codes en regelingen.

- Elektriciteitswet 1998¹⁹³⁾
- Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers
- Regeling garanties van oorsprong voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit¹⁹⁴⁾.

Van bovengenoemde wet- en regelgeving is de Elektriciteitswet 1998 de belangrijkste. Deze wet en de daarop gebaseerde regelgeving waren oorspronkelijk bedoeld om het gemonopoliseerde elektriciteitsnetwerk toegankelijker te maken voor producenten, handelaren en leveranciers van elektriciteit. Iedereen is nu vrij om zijn eigen leverancier te kiezen. De netten zijn in handen van de netbeheerders en de stroom wordt geleverd door elektriciteitsleveranciers. In de Elektriciteitswet 1998 (hierna: Elektriciteitswet) zijn - voor zover van belang - de volgende onderwerpen geregeld:

- Taken en verplichting van de netbeheerder
- Vergunningen voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers.

8.4 Jurisprudentie

Hieronder zijn enkele relevante uitspraken opgenomen:

- 1) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:264 - aansluitplicht netbeheerder

In deze procedure staat de aansluitplicht van Delta als netbeheerder centraal. Twee windparken hebben een aanvraag gedaan voor een aansluiting, alsmede voor het transport van te produceren elektriciteit. Delta heeft een offerte uitgebracht voor de aansluiting, maar niet voor het transport van elektriciteit, met als redengeving dat de transportcapaciteit van het net ter plaatse onvoldoende is voor het aangevraagde vermogen. Nadien heeft Delta ook nog om zekerheid gevraagd over de vraag of de windturbines er daadwerkelijk komen. Uit de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) volgt - voor zover van belang - dat Delta haar aansluitplicht heeft geschonden door zekerheid over de daadwerkelijke plaatsing van de windturbines te verlangen, voordat zij ten behoeve van de aansluiting met de investeringen in het net doorgaat, alsmede dat het niet zonder meer zo is dat aanbieden van een aansluiting zonder beschikbare transportcapaciteit onvoldoende is om aan de aansluitplicht te voldoen. Het CBB stelt vast dat hier geen sprake is van een afzonderlijke schending van de Elektriciteitswet, maar dat dit een element is dat door de rechter kan worden meegenomen bij de bepaling van de hoogte van de schade die de aanvrager heeft geleden.

Deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap een aansluiting wenst aan te vragen bij een netbeheerder voor transport

van door het waterschap opgewekte elektriciteit. De uitspraak geeft aan wat de reikwijdte is van de wettelijke verplichting van de netbeheerder om elke partij die om een aansluiting verzoekt aan te sluiten op zijn netten en vervolgens naar die partij elektriciteit te transporteren.

Verplichting van de netbeheerder

- 2) Gerechtshof Amsterdam, 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9566 - transporttarief en elektriciteitsproductie en -invoeding

Tata Steel neemt elektriciteit af van Nuon en levert daarnaast productiegassen terug aan het net. Zij maakt bezwaar tegen het door de netbeheerder in rekening gebrachte tarief, mede omdat zij naast afnemer tevens terugleverancier is van energie. Het gerechtshof verworpt het betoog van Tata Steel dat de verknochtheid tussen haar elektriciteitsverbruik, de toelevering van productiegassen aan Nuon en de elektriciteitsproductie en -invoeding door Nuon met gebruikmaking van deze gassen een reden is waarom aan Tata Steel een lagere vergoeding in rekening dient te worden gebracht. Volgens het hof levert deze verknochtheid niet een situatie op die zich zodanig onderscheidt van de situatie van andere afnemers bij wie er een samenhang bestaat tussen productie en verbruik, dat Tata Steel op grond hiervan een afwijkend tarief in rekening zou moeten worden gebracht. Daar komt bij, zo overweegt het hof, dat TenneT gemotiveerd heeft betwist dat sprake is van verknochtheid en tevens dat de invoeding en afname van elektriciteit (geheel) synchroon verloopt.

Deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap zowel energieafnemer als -leverancier is. De uitspraak gaat over de hoogte van de transporttarieven die in dat geval door de netbeheerder bij het waterschap in rekening kunnen worden gebracht.

Transporttarieven

- 3) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 6 februari 2013, LJN BZ4348, AWB 11/457 - in rekening brengen kosten transformator

Euromax Terminal C.V. (hierna: Euromax) heeft Stedin gevraagd om een aansluiting op het net ten behoeve van een containerterminal op de Maasvlakte. Stedin heeft een offerte uitgebracht en heeft hierbij vermeld dat op het dichterbij gelegen verdeelstation Maasvlakte niet voldoende capaciteit beschikbaar is. Stedin heeft vervolgens een projectstudie uitgevoerd en een offerte uitgebracht voor een aansluiting. Euromax heeft opdracht gegeven voor het realiseren hiervan. Partijen hebben hierbij een aanvullende afspraak gemaakt, omdat Euromax het niet eens was met het feit dat een deel van de kosten voor de capaciteitsuitbreiding in het verdeelstation Maasvlakte zou worden doorberekend, namelijk 40% van de kosten voor een transformator. Het CBB heeft hierover geoordeeld dat de transformator waarvoor Stedin kosten in rekening heeft gebracht bij Euromax, is geplaatst in het net van Stedin en niet in de aansluiting van Euromax. Aanpassingen in het net die verband houden met het maken van een aansluiting komen op grond van art. 27, tweede lid, aanhef en onder e, van de Elektriciteitswet voor rekening van de netbeheerder die het betreffende net beheert. Concreet betekent dit dat Stedin de kosten van het plaatsen van een transformator in het net niet bij Euromax in rekening kan brengen.

193) Met de wetgevingsagenda STROOM zou de Elektriciteitswet (en de Gaswet) per januari 2016 worden gewijzigd, maar op 22 december 2015 werd de wet door de Eerste Kamer verworpen. De opvolger, de Wet 'VET' (Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet ('Wet voortgang energietransitie')) is in 2016 ingediend bij de Tweede Kamer, maar is recentelijk 'controversieel' verklaard zodat hierover eerst kan worden besloten na het aantreden van een nieuw kabinet.

194) Tot 2015 gold de 'Regeling garanties van oorsprong voor duurzame energie'. Per 2015 is de Regeling garanties van oorsprong voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit in werking getreden en sindsdien gewijzigd met ingang van 1 januari 2017, zie Staatscourant 2016, 24 november 2016, Nr. 64200.

Deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap een aansluiting wenst aan te vragen bij een netbeheerder voor transport van door het waterschap opgewekte elektriciteit. Uit de uitspraak blijkt dat in dat geval kosten ter zake aanpassing aan het net van de netbeheerder zelf niet kunnen worden doorberekend aan het waterschap.

- 4) Citiworks-arrest - Hof van Justitie 22 mei 2008, zaak C439/06
- particulier energienet

Het Citiworks-arrest ging over de vraag of Citiworks AG gerechtigd was elektriciteit te leveren aan partijen die zijn aangesloten op het elektriciteitsnet op het vliegveld Leipzig/Halle. Het hof oordeelde dat ook een particulier net moet worden beschouwd als een distributienet in de zin van de richtlijnen en dat eisen uit de richtlijnen ook gelden voor deze netten, waaronder de verplichting om derden gelijke toegang tot het net te verlenen. Het hof overwoog dat een beperking op het beginsel van derdentoegang in de richtlijn slechts in nauwkeurig omschreven situaties wordt toegestaan. De richtlijn voorziet slechts in één algemene uitzondering op de verplichting van toegang van derden, namelijk indien de netbeheerder niet over voldoende capaciteit beschikt.

Als gevolg van het Citiworks-arrest is de behandeling van de Nederlandse ontheffingsaanvragen voor particuliere netten aangehouden totdat er meer duidelijkheid zou zijn over de interpretatie van dit arrest. Vervolgens heeft men geconcludeerd dat de ontheffingsregeling als bedoeld in artikel 15 van de Elektricitwet 1998 en artikel 2a van de Gaswet kan worden voortgezet, met dien verstande dat eigenaren van een particulier elektriciteits- of gastransportnet afnemers de mogelijkheid moeten geven zelf hun energieleverancier te kiezen. Voortaan werd aan de toewijzing van de ontheffing de voorwaarde verbonden dat de houder van de ontheffing een systeem van derdentoegang waarborgt. Dit betekent dat hij de daadwerkelijke toegang tot zijn net en een vrije leverancierskeuze van zijn afnemers moet garanderen, alsmede de probleemloze afwikkeling van het daartoe noodzakelijke berichtenverkeer. Dit is later ook vastgelegd bij wijziging van de Elektricitwet- en Gaswet.¹⁹⁵⁾

Deze uitspraak en de latere wijziging van de Elektricitwet- en Gaswet is voor het waterschap van belang indien het een ontheffing aanvraagt voor een particulier elektriciteits- of gasnet. Bovenstaande houdt - kort gezegd - in dat het waterschap in dat geval in beginsel ook derden moet toelaten tot dat betreffende particuliere net.

Ontheffing

¹⁹⁵⁾ Zie ook de Memorie van Toelichting 32 814 nr. 3. Wijziging van de Elektricitwet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas).

- 5) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:2940 - intrekking ontheffing particulier elektriciteits- en gasnet

Op het Industriepark Noord te Sittard ligt een gas- en elektriciteitsnet waarvoor aan Nuon de ontheffing is gegeven een (openbare) netbeheerder aan te wijzen omdat het kwalificeert als particulier net. De netten werden behalve door Nuon zelf benut door Rijsvoort, tevens eigenaar van het bedrijventerrein. Nuon wil de netten ontmantelen en heeft de minister verzocht de ontheffing in te trekken, hetgeen ook gebeurde. De minister had echter voorwaarden gesteld tot het bepalen van een overgangstermijn waarbinnen Nuon voor de netten een netbeheerder moet aanwijzen. Rijsvoort maakte hiertegen bezwaar bij het CBB. Het CBB stelt voorop dat de intrekkingbevoegdheid ruimte laat voor een belangenafweging. Vervolgens stelt het CBB vast dat intrekking van de ontheffing meebrengt dat de verplichting om een netbeheerder aan te wijzen herleeft. Het CBB oordeelt dat de aanwijzingsverplichting geldt zolang de netten van Nuon er liggen en dat Nuon die verplichting zou schenden als zij de netten verwijdt in plaats van daarvoor een netbeheerder aan te wijzen. Dat Nuon Rijsvoort voorafgaand aan het verzoek tot intrekking de mogelijkheid heeft geboden de netten over te nemen en ook in de gelegenheid heeft gesteld een aansluiting op het openbare net te verkrijgen, kan in de ogen van het CBB niet afdoen aan de wettelijke plicht van Nuon als eigenaar van de netten om een netbeheerder aan te wijzen. Het CBB concludeert dat de minister - met het oog op de belangen van Rijsvoort bij ongestoorde energievoorziening - niet in redelijkheid heeft kunnen afzien van het verbinden van een overgangstermijn aan de intrekking van de ontheffingen.

Deze uitspraak is van belang indien een waterschap een ontheffing voor een particulier energienet wenst te laten intrekken. In dat geval moet het waterschap er rekening mee houden dat bij ontheffing de verplichting tot het aanwijzen van een onafhankelijk netbeheerder herleeft.

Onafhankelijk
netbeheerder

- 6) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 17 juni 2015, ECLI:NL:CBB:2015:214 – Ontheffing aanwijzing netbeheerder electriciteits- en gasnetwerken gekoppeld aan gesloten distributiesysteem (GDS)

Onder aansluiting in de zin van de Elektricitwet moet op grond van artikel 1, eerste lid, onder b, worden verstaan “één of meer verbindingen tussen een net en een onroerende zaak (...) waaronder begrepen één of meer verbindingen tussen een net dat wordt beheerd door een netbeheerder en een net dat beheerd wordt door een ander dan die netbeheerder”. Uit de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 1998-1999, 26 303, nr. 7, p. 20) blijkt voorts dat met de term aansluiting in de Elektricitwet de fysieke verbinding met het netwerk wordt bedoeld. Artikel 1, eerste lid, onder m, van de Gaswet geeft als vrijwel gelijklopende definitie voor aansluiting: “één of meer verbindingen tussen een gastransportnet en een onroerende zaak (...) waaronder begrepen één of meer verbindingen tussen een gastransportnet dat wordt beheerd door een netbeheerder en een gastransportnet dat beheerd wordt door een ander dan die netbeheerder”. De studentenwoningen in deze casus waren aangesloten op netwerken van een woningcorporatie en

Aansluiting

een woonstichting en de netten van deze laatste waren verbonden met die van de universiteiten. De studentenwoningen kunnen echter niet gelden als afnemers en daarmee evenmin als huishoudelijke afnemers van elektriciteit en gas van de universiteiten. Het College beslist dat de twee universiteiten in aanmerking komen voor een ontheffing van het gebod een netbeheerder aan te wijzen voor hun elektriciteitsnetwerk en gasdistributienetwerk omdat hun netwerken kunnen worden beschouwd als een GDS

7) Rechtbank Gelderland, 3 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1976 – voor welke partijen geldt een informatieverplichting op grond van de Electriciteitswet?

Informatieverplichting

Artikel 95m lid 2 Electriciteitswet geeft een informatieverplichting voor uitsluitend leveranciers. Op grond van het artikel dienen leveranciers ervoor te zorgen dat afnemers als bedoeld in artikel 95a lid 1 Electriciteitswet te allen tijd transparante informatie kunnen verkrijgen over de geldende tarieven en voorwaarden voor levering en transport van elektriciteit. De wetgever heeft niet voorzien in een soortgelijke of een andere informatieverplichting voor netbeheerders.

8) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:274 – fysieke verbondenheid vereist voor een gesloten distributiesysteem (GDS)

Fysieke verbondenheid

In artikel 1, eerste lid, onderdeel i, van, van de Electriciteitswet is een net gedefinieerd als één of meer verbindingen voor het transport van elektriciteit en de daarmee verbonden transformator-, schakel-, verdeel-, en onderstations en andere hulpmiddelen, behoudens voor zover deze verbindingen en hulpmiddelen onderdeel uitmaken van een directe lijn of liggen binnen de installatie van een producent of van een afnemer. Het College volgt het betoog van ACM dat uit het systeem van de Gas- en de Electriciteitswet voortvloeit dat de leidingen bedoeld of gebruikt voor het transport van gas of elektriciteit, fysiek met elkaar verbonden moeten zijn om als GDS aangemerkt te kunnen worden. De wetsgeschiedenis biedt geen enkel aanknopingspunt voor het standpunt dat de wetgever bij de definitie van GDS in de Gaswet bewust de term ‘net’ zou hebben gebruikt, ter onderscheiding van de term ‘gastransportnet’. De termen ‘net’ en ‘gastransportnet’ worden in de Gaswet naast elkaar gebruikt, zonder dat de wetgever daaraan een bijzondere betekenis heeft toegekend. Nu uit de definitie van ‘gastransportnet’ volgt dat onderlinge fysieke verbondenheid een vereiste is voor een gastransportnet, geldt dit ook voor een GDS in de zin van de Gaswet. Ook aan het niet expliciet opnemen van het vereiste van onderlinge verbondenheid in de definitie van ‘net’ in de Electriciteitswet komt niet de betekenis toe die Schiphol daaraan wenst te geven. Nu in de wetsgeschiedenis daaromtrent niets is opgenomen is er geen aanleiding om de term ‘net’ afwijkend van de Gaswet te interpreteren.

8.5 Handreiking productie en levering elektriciteit

8.5.1 Analyse van de mogelijkheden

Bij de analyse van de juridische mogelijkheden voor een waterschap ten aanzien van productie en levering van elektriciteit worden de volgende zaken beschreven:

- De productie van elektriciteit door waterschappen.
- Het gebruik door de waterschappen van zelf geproduceerde elektriciteit.
- De levering van elektriciteit door waterschappen aan grootverbruikers respectievelijk kleinverbruikers.

Productie van elektriciteit door waterschappen

De markt voor productie van elektriciteit is vrij. In beginsel mag een waterschap zelf elektriciteit produceren¹⁹⁶⁾. Waterschappen kunnen elektriciteit produceren door bijvoorbeeld verbranding van biogas afkomstig van slibvergisting¹⁹⁷⁾ in een gasmotor en daaraan gekoppelde generator (warmte-krachtkoppeling, WKK). Ook is er sprake van elektriciteitsopwekking door het aanwenden van stuwwaterkracht in watergangen. Daarnaast kan een waterschap elektriciteit opwekken door bijvoorbeeld wind, zon, getijdenenergie en waterkracht.

Gebruik van zelf geproduceerde elektriciteit

Een waterschap mag de elektriciteit die het zelf heeft geproduceerd ook zelf gebruiken. De opgewekte stroom wordt gebruikt door het waterschap.

Levering van elektriciteit aan derden

Een waterschap kan de elektriciteit die het produceert maar niet zelf gebruikt terugleveren aan het elektriciteitsnet. Hiervoor kan het waterschap een terugleververgoeding krijgen. Het waterschap dient de elektriciteit te verkopen aan een PV-partij¹⁹⁸⁾, via een leverancier. Daartoe moet het waterschap aan het energiebedrijf alsmede aan de netbeheerder doorgeven dat het wil gaan terugleveren.

Voor kleinverbruikers is in de Electriciteitswet¹⁹⁹⁾ geregeld dat de energieleverancier voor de teruggeleverde elektriciteit een redelijke vergoeding moet betalen. Bij een waterschap als grootverbruiker van duurzame energie is de prijs die daarvoor wordt betaald de uitkomst van onderhandeling met de energieleverancier.

Programmaverantwoordelijkheid

Ten aanzien van de levering van elektriciteit aan derden kan een waterschap met deze partijen contracten sluiten waarin het uitvoeringsafspraken maakt (bijvoorbeeld leveringsinstructies). Deze afspraken leiden ertoe dat transporten via het elektriciteitsnet plaatsvinden. In de praktijk verlopen de daadwerkelijke productie en/of het verbruik niet altijd precies volgens de afspraken, waardoor onbalans tussen de productie en het verbruik van de elektriciteit kan ontstaan. Elektriciteit wordt namelijk niet opgeslagen en vraag en aanbod moeten dus continu in evenwicht zijn.

Terugleveren aan het elektriciteitsnet

Onbalans

196) Let op de beperkingen die beschreven zijn in het hoofdstuk Wettelijk kader van waterschappen.

197) Waaronder ook co-vergisting (vergisting met mest).

198) Programmaverantwoordelijkheid wordt in de praktijk vaak overgedragen aan een andere partij, de PV-partij. Zie het register van erkende partijen met programmaverantwoordelijkheid van Tennet.

199) Zie artikel 31c Electriciteitswet.

Programma-
verantwoordelijkheid

Systeemcode

Aansluitwaarde

Dit vergt de nodige flexibiliteit van het productievermogen vanwege de fluctuaties van de vraag.

In Nederland bestaat het systeem van programmaverantwoordelijkheid, dat wordt gebruikt om de verschillen tussen transacties en werkelijkheid te verrekenen. Programmaverantwoordelijkheid houdt in dat afnemers en vergunninghouders programma’s moeten opstellen voor productie, transport en verbruik van elektriciteit voor de netbeheerders en dat zij zich in overeenstemming met deze programma’s moeten gedragen. Elke leverancier van elektriciteit moet op grond van de Elektriciteitswet een programmaverantwoordelijke²⁰⁰⁾ (hierna: PV) hebben. De PV staat tussen de netbeheerder en de leverancier. Deze partij is verantwoordelijk voor de inkoop van elektriciteit. Indien een waterschap PV wenst te worden, moet het door TenneT erkend worden en hiertoe met TenneT een overeenkomst sluiten. Het zijn van PV brengt veel administratieve verplichtingen met zich mee; in de Systeemcode²⁰¹⁾ staan de eisen waaraan het waterschap moet voldoen om door TenneT erkend te kunnen worden. Het waterschap kan de programmaverantwoordelijkheid ook uitbesteden aan een door TenneT erkende PV, echter niet aan een netbeheerder.²⁰²⁾

Onderscheid groot- en kleinverbruikers

Ten aanzien van levering van elektriciteit aan derden moet onderscheid worden gemaakt in levering aan grootverbruikers en levering aan kleinverbruikers. De wet maakt dit verschil op basis van de capaciteit van de aansluiting. Als een aansluiting een hogere aansluitwaarde heeft dan 3 x 80 ampère, is er in beginsel sprake van grootverbruik, in alle andere gevallen van kleinverbruik.²⁰³⁾ Waterschappen zijn aan te merken als grootverbruikers omdat het de organisatorische eenheid betreft die zich in hoofdzaak bezighoudt met riolering, bemaling, waterzuivering of transport en distributie van water (artikel 1 lid 2 van de Elektriciteitswet), en totaal ter beschikking gesteld vermogen van meer dan 2MVA.

8.5.2 Levering elektriciteit aan grootverbruikers

Levering van elektriciteit door waterschappen aan grootverbruikers is vrij en mag zonder vergunning (mits het waterschap is erkend als PV of dit heeft uitbesteed). Dit biedt de mogelijkheid voor het waterschap om het surplus aan elektriciteit van één rwzi, zonder tussenkomst van een energieleverancier, via het openbare net te leveren aan andere rwzi’s (grootverbruikers van elektriciteit). Het voordeel is dat een waterschap als grootverbruiker de inkoop van energie zelf kan regelen en niet verplicht is om energie in te kopen bij leveranciers die beschikken over een vergunning. Het contract voor de levering van elektriciteit is vormvrij.

8.5.3 Rechtstreekse levering elektriciteit aan kleinverbruikers

Op grond van de Elektriciteitswet heeft het waterschap een vergunning nodig van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) om aan kleinverbruikers te mogen leveren.²⁰⁴⁾ Doel daarvan is het beschermen van kleinverbruikers en waarborgen dat zij kunnen rekenen op een betrouwbare energievoorziening tegen redelijke prijzen en voorwaarden. De voorwaarden om in aanmerking te komen voor een vergunning zijn kortweg de volgende:

- Leveringsplicht: het waterschap moet elektriciteit leveren aan iedere consument of kleinzakelijke klant die daarom vraagt.
- Betrouwbare levering: de klanten van het waterschap moeten erop kunnen vertrouwen dat ze elektriciteit krijgen.
- Redelijke voorwaarden en tarieven: het waterschap moet redelijke tarieven vragen en redelijke voorwaarden hanteren. De ACM controleert dit.
- Goede organisatie: het waterschap moet aantonen dat het de organisatorische, financiële en technische kwaliteiten heeft om zijn taak goed uit te voeren.

Als het waterschap eenmaal een vergunning van de ACM heeft verkregen, gelden voor het waterschap de volgende verplichtingen:

- Een leverplicht.²⁰⁵⁾
- Een informatieplicht.²⁰⁶⁾
- Verplichting tot het doorgeven van wijzigingen in tarieven, leveringsvoorwaarden en kwaliteit.

De wetgever heeft in artikel 95a lid 2 Elektriciteitswet een aantal uitzonderingen gemaakt op de vergunningplicht waardoor een waterschap elektriciteit kan leveren aan kleinverbruikers zonder een vergunning. Zo bestaat geen vergunningplicht indien de elektriciteit anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd volgens bij ministeriele regeling te stellen regels²⁰⁷⁾ of wanneer sprake is van een multi site-leveringsovereenkomst: een parapluovereenkomst waarbij de meerderheid van de afnemers geen consument is.

8.6 Particuliere elektriciteitsnetten

Economische eigenaren van elektriciteitsnetten moeten op grond van de Elektriciteitswet een onafhankelijke netbeheerder aanwijzen. Het doel daarvan is om de vrije en non-discriminatoire toegang tot de netten te verzekeren. De mogelijkheid bestaat

Vergunning
Kleinverbruikers

200) Er bestaan twee soorten PV's: PV's met handelserkenning, die uitsluitend programmaverantwoordelijkheid dragen voor handelstransacties en PV's met volledige erkenning, die programmaverantwoordelijkheid dragen voor zowel aangesloten als handelstransacties.
201) De Systeemcode is door de ACM gewijzigd per 17 maart 2017. Het bevat voorwaarden voor de wijze waarop de beheerder van het landelijk transportnet enerzijds en afnemers en overige netbeheerders anderzijds zich moeten gedragen ten aanzien van de systeemdiensten.
202) Zie artikel 31 lid 2 Elektriciteitswet.
203) De aansluitwaarde geeft aan hoeveel energie er maximaal op elk moment kan worden afgenomen. Dit zegt niets over het werkelijke verbruik; een bedrijf met machines die bij het inschakelen gedurende een korte tijd een groot piekvermogen hebben, zal een aansluitwaarde hebben die deze piekbelasting minimaal aankan. In dat geval zal het grootste deel van de tijd ver onder deze maximale waarde worden afgenomen. Het kan daarom voorkomen dat aansluitingen met een niet al te hoog totaalverbruik toch als grootverbruik worden aangemerkt.

204) Zie het Besluit van 8 mei 2003, houdende regels voor de vergunning voor levering van elektriciteit aan kleinverbruikers.
205) Het waterschap is verplicht om energie te leveren aan klanten die erom vragen. Ook moet het waterschap de transportkosten innen en afdragen aan de netbeheerders.
206) Het waterschap moet ACM informeren over zijn prestaties en gedragingen. Richting klanten van het waterschap houdt de informatieplicht in dat de informatie vergelijkbaar en helder is, het energiecontract moet duidelijk zijn.
207) Zie artikel 2 van de Regeling niet bedrijfsmatige levering aan kleinverbruikers Elektriciteitswet 1998. Een voorbeeld van niet bedrijfsmatige levering is dat een bedrijf dat een windmolen op zijn perceel heeft en een aantal andere op zijn perceel gevestigde bedrijven via deze windmolen van energie voorziet. De levering van energie is dan van ondergeschikte betekenis en zolang dit bedrijf aan minder dan vijftien bedrijven (kleinverbruikers) niet meer dan 0,25 GWh levert, dan geldt dit als een niet bedrijfsmatige levering.

Ontheffing

ontheffing te verlenen van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder voor een elektriciteitsnet, de zogenaamde particuliere netten. Volgens de (Derde) Europese Elektriciteitsrichtlijn zijn naast het openbare net twee bijzondere situaties te onderscheiden: 1) het gesloten distributiesysteem, waarbij een aantal afnemers en producenten is aangesloten op een afzonderlijk net; 2) de directe lijn, een elektriciteitslijn die een producent en een afnemer met elkaar verbindt om hun eigen vestigingen, dochterondernemingen en in aanmerking komende afnemers van elektriciteit te voorzien.

De ACM kan op grond van artikel 15 Elektriciteitswet ontheffing verlenen aan een eigenaar van een gesloten distributiesysteem, indien:

- het bedrijfs- of productieproces van de gebruikers van een gesloten distributiesysteem wegens specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd is
- het gesloten distributiesysteem primair elektriciteit transporteert voor de eigenaar van dat systeem of de daarmee verwante bedrijven
- de aanvrager geen netbeheerder is en niet in een groepsmaatschappij met een netbeheerder verbonden is.

Hieronder wordt kort toegelicht wat wordt bedoeld met een gesloten distributiesysteem respectievelijk een directe lijn.

Gesloten distributiesysteem (GDS)

Een gesloten distributiesysteem is een net dat niet tot het landelijk hoogspanningsnet behoort. Het moet liggen binnen een geografisch afgebakende industriële locatie, commerciële locatie of locatie met gedeelde diensten, waarop minder dan 500 afnemers zijn aangesloten. Dat systeem mag voorts alleen niet-huishoudelijke afnemers van elektriciteit voorzien, tenzij er sprake is van incidenteel gebruik door een klein aantal huishoudelijke afnemers dat werkzaam is bij of vergelijkbare betrekkingen heeft met de eigenaar van het gesloten distributiesysteem.²⁰⁸⁾ Te denken valt aan ziekenhuis- en universiteitsterreinen, havengebieden, luchthavens, winkelcentra, kantorencomplexen en dergelijke.²⁰⁹⁾

Daarbij moet ofwel de exploitatie of het productieproces om technische of veiligheidsredenen zijn geïntegreerd ofwel moet dit systeem primair elektriciteit (of gas) distribueren aan de eigenaar of beheerder van het systeem of daarmee verwante bedrijven. Het doel van de ontheffingsmogelijkheid is de administratieve lasten voor beheerders van een gesloten distributiesysteem te beperken. Dit betekent echter niet dat een gesloten distributiesysteem buiten de algemene regels in de richtlijn voor distributiesystemen valt. Deze regels blijven van toepassing, zodat er bijvoorbeeld ook een eis van derdentoegang geldt: de aansluitplicht. De aansluitplicht geldt niet onverkort. Indien iemand buiten het gebied van een gesloten distributiesysteem een

aansluiting vraagt op het gesloten distributiesysteem, geldt geen aansluitplicht. Dit is evenmin het geval indien een aansluiting niet past bij de aard van het gesloten distributiesysteem. Daarnaast geldt dat de eigenaar van een gesloten distributiesysteem beheerder is van dit distributiesysteem. De eigenaar van een gesloten distributiesysteem kan dit beheer zelf ter hand nemen of uitbesteden.

Directe lijn

Een directe lijn is een elektriciteitslijn die een geïsoleerde producent met een geïsoleerde gebruiker verbindt.²¹⁰⁾ Indien er sprake is van een directe lijn, is er geen sprake van een net. Voor een directe lijn gelden dan ook geen voorschriften zoals die wel voor netten gelden. Zo hoeft in het geval van een directe lijn geen netbeheerder te worden aangewezen en hoeft geen derdentoegang te worden verleend.²¹¹⁾

Het aanvragen van een ontheffing voor een particulier net biedt waterschappen de mogelijkheid om aan verschillende rwzi's binnen hun verzorgingsgebied energie te leveren (zelfvoorziening) en tevens aan derden. In dat geval dient het waterschap wel een elektriciteitsnet te laten aanleggen, voor zover dit niet aanwezig is.

Ontheffingen betreffen vaak technisch complexe verzoeken, waarvan de beoordeling de benodigde tijd vraagt. Om deze reden is een beslistermijn van zes maanden opgenomen, die eenmaal kan worden verlengd²¹²⁾. Om tijdig duidelijkheid te krijgen over de vraag of er in een specifieke situatie sprake zal zijn van een gesloten distributiesysteem dat in aanmerking komt voor een ontheffing, kan het raadzaam zijn met de ACM contact op te nemen over een voornemen een net aan te leggen waarvoor ontheffing voor een gesloten distributiesysteem wenselijk is. Aan de ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden, die op de specifieke situatie toegesneden zijn.

8.7 Garanties van oorsprong voor elektriciteit, gas en warmte²¹³⁾

Wie hernieuwbare stroom produceert, krijgt niet alleen de beschikking over de opgewekte elektriciteit, maar kan ook subsidie verkrijgen en certificaten. Deze certificaten worden Garanties van Oorsprong (GVO's) genoemd en geven aan waar de stroom is opgewekt en op welke wijze. Ze dienen om te bewijzen dat de geleverde elektriciteit daadwerkelijk duurzaam is opgewekt²¹⁴⁾.

In de vorige editie van de juridische handreiking was de 'Regeling garanties van oorsprong voor duurzame elektriciteit' nog geldend, maar deze regeling is per 1 januari 2015 vervangen door de 'Regeling garanties van oorsprong voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit' (Staatscourant 19 december 2014, nr. 35704). Deze nieuwe 'verzamelregeling' geldt nu voor zowel elektriciteit, gas en warmte.

Directe lijn

Garanties van Oorsprong

208) Zie de definitie van gesloten distributiesysteem in artikel 1 Elektriciteitswet 1998.
209) Zie de Memorie van Toelichting 32 814 nr. 3. Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas).

210) Zie de definitie van directe lijn in artikel 1 Elektriciteitswet.
211) Zie de Memorie van Toelichting 32 814 nr. 3. Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas).
212) Zie artikel 15 Elektriciteitswet.
213) De tekst in deze paragraaf geldt overeenkomstig ook voor de paragrafen met betrekking tot gas en warmte.
214) Zie Haalbaarheidsstudie prijswaarneming GVO's, Centraal Bureau voor de Statistiek 2014.

Gesloten distributiesysteem

De Europese richtlijnen²¹⁵⁾ bepalen dat lidstaten de door andere lidstaten afgegeven GVO's erkennen. Voor gas en warmte uit hernieuwbare energiebronnen bestond geen Europese verplichting om hiervoor een systeem van GVO's in stand te houden. Wel is de mogelijkheid voor een dergelijk systeem voor warmte expliciet in richtlijn 2009/28 opgenomen. De GVO's voor hernieuwbaar gas en hernieuwbare warmte, zoals vastgelegd in deze nieuwe regeling, zijn gebaseerd op de uitgangspunten die richtlijn 2009/28 aangeeft voor duurzame elektriciteit. De voorwaarden waaraan een producent moet voldoen om GVO's voor duurzame elektriciteit, gas of warmte uit hernieuwbare energiebronnen of HR-WKK-elektriciteit te verkrijgen zijn in de nieuwe regeling zo veel mogelijk gelijk. Alleen waar er specifieke verschillen tussen de diverse energiesoorten zijn, worden in de regeling aparte voorwaarden gesteld.

De GVO's bestaan uitsluitend in elektronische vorm. GVO's worden uitgegeven per 1 MWh. Eventuele restwaarde in de productie wordt per KWh op de productierekening van de producent bijgeschreven. Nadat GVO's voor netlevering op een rekening zijn geboekt, zijn ze geldig tot uiterlijk een jaar na het einde van de productieperiode waarvoor de GVO is uitgegeven. Dit betekent dat een leverancier van duurzame energie de GVO maximaal een jaar kan gebruiken om aan te tonen dat de door hem geleverde energie op duurzame wijze is opgewekt. Iedere in Nederland gevestigde handelaar kan de minister verzoeken om een rekening te openen. Vervolgens kunnen de GVO verkocht worden, waarbij de eigenaar van de GVO aan de minister de wens te kennen kan geven deze over te boeken naar de rekening van degene die de GVO heeft gekocht. De ACM houdt toezicht op de markt voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit en het systeem van GVO's.

Er zijn GVO's voor netlevering en GVO's voor niet-netlevering (rechtstreekse levering) van hernieuwbare energie. Alleen de GVO's voor netlevering zijn vrij verhandelbaar. Dit geldt dus voor GVO's voor duurzame elektriciteit die wordt geleverd aan een elektriciteitsnet, GVO's voor gas uit hernieuwbare energiebronnen dat wordt ingevoed op een gasnet en voor GVO's voor warmte uit hernieuwbare energiebronnen die wordt ingevoed op een warmtenet. De GVO heeft een financiële waarde omdat er consumenten zijn die bereid zijn meer te betalen voor hernieuwbare energie. Energieleveranciers die hernieuwbare energie willen verkopen, moeten hiervoor GVO's inkopen en afboeken. De verkoop van GVO's levert de producent van hernieuwbare energie geld op en dit maakt hernieuwbare energie concurrerder met fossiele energie. In Nederland worden GVO's voor elektriciteit en warmte uitgegeven door CertiQ, onderdeel van het netwerkbedrijf Tennet en Vertogas geeft deze uit voor gas.

Hernieuwbaar gas kan ook worden gebruikt als een transportbrandstof. GVO's voor hernieuwbaar gas kunnen worden gebruikt om hernieuwbare eenheden transportbrandstof te verkrijgen. Daartoe dient de GVO voor hernieuwbaar gas overgeboekt te worden naar de rekening van de Nederlandse Emissieautoriteit²¹⁶⁾. Een GVO die

215) De garantie van oorsprong voor duurzame elektriciteit heeft zijn basis in richtlijn 2009/28 EG en richtlijn 2012/27/EU.
216) Vanaf 1 januari 2015 geldt een nieuwe systematiek voor hernieuwbare energie vervoer, waarbij het Register Energie voor Vervoer en Hernieuwbare Brandstofeenheden (HBE's) een centrale rol spelen. Voorheen handelden de marktpartijen in zogenaamde biotickets; contractuele overeenkomsten tussen de leverancier van een biobrandstof en zijn afnemer, met wisselende inhoud en vorm. Zie voor meer informatie de Nederlandse Emissieautoriteit.

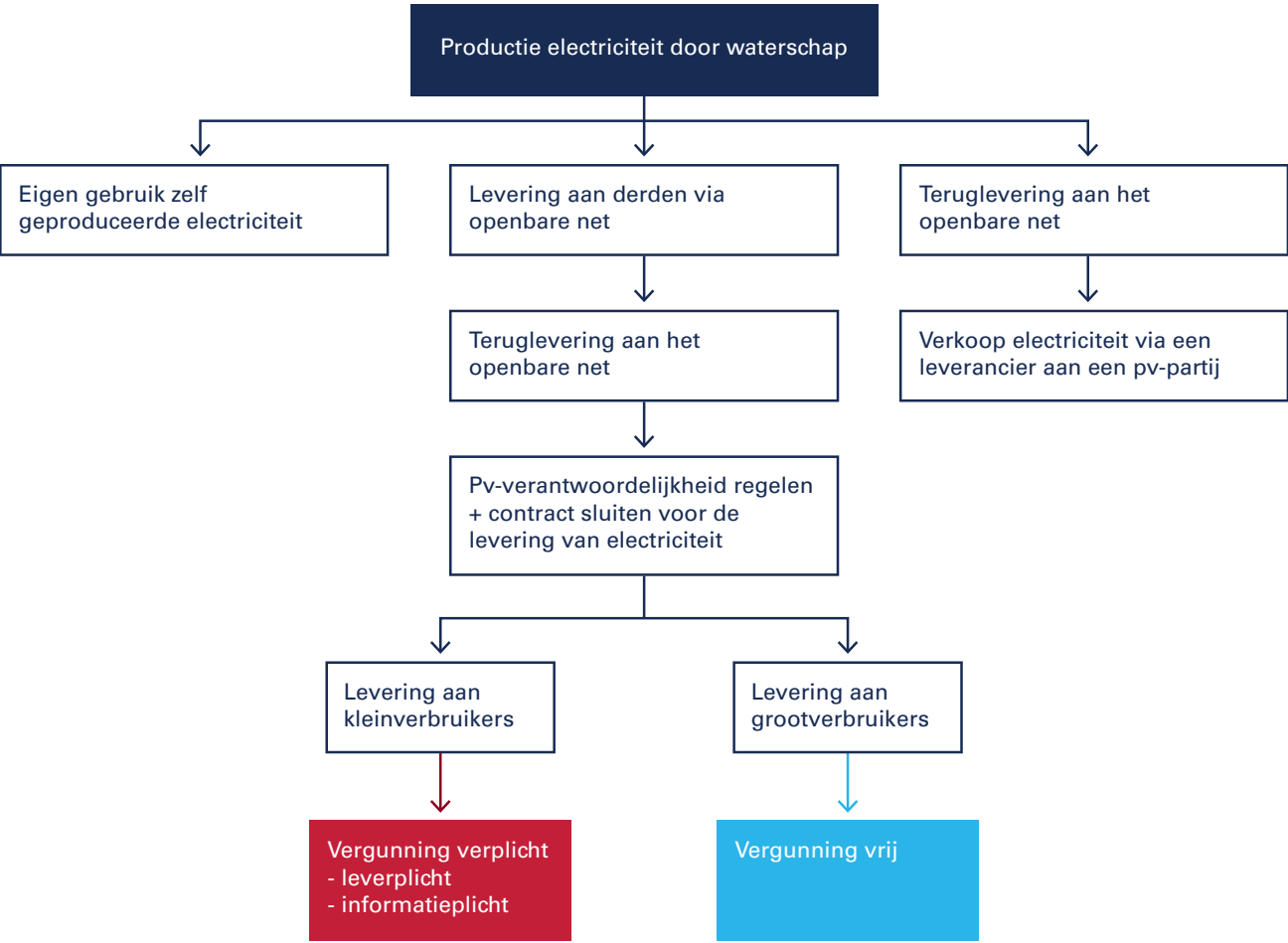
wordt overgeboekt naar de rekening van de Nederlandse Emissieautoriteit verliest haar geldigheid en kan daarom niet meer worden ingezet als bewijs van levering van energie uit hernieuwbare energiebronnen aan een eindafnemer (zoals beschreven in artikel 25, eerste lid van de regeling).

Als subsidie is verleend op basis van het Besluit stimulering duurzame energieproductie (verder: SDE²¹⁷⁾ of – voor 1 januari 2008 – op grond van artikel 72m van de Elektriciteitswet 1998 (verder: MEP), dient door middel van GVO's te worden aangetoond dat de voor subsidie in aanmerking komende energie uit hernieuwbare bron afkomstig is.

Het is niet mogelijk om een GVO voor netlevering voor de ene vorm van hernieuwbare energie om te zetten in een GVO voor een andere energievorm. Het is niet mogelijk om bijvoorbeeld een GVO voor hernieuwbare elektriciteit om te ruilen in een GVO voor hernieuwbaar gas van dezelfde grootte.

8.8 Schematische weergave

Uit onderstaand schema blijkt welke opties een waterschap heeft ten aanzien van door een waterschap geproduceerde elektriciteit:



217) Er is SDE-subsidie mogelijk voor onder andere biomassa, waterkrachtinstallaties, windturbines.

8.9 Belemmeringen en mogelijke oplossingen

Er bestaat voor waterschappen een aantal belemmeringen voor de levering van zelf opgewekte elektriciteit aan derden.

- Een waterschap mag niet zonder meer elektriciteit leveren aan derden. Daartoe moet het waterschap eerst door TenneT erkend worden als PV en hiertoe met TenneT een overeenkomst sluiten. Aan het zijn van PV zijn allerlei (administratieve) verplichtingen verbonden. Dit kan een waterschap ondervangen door de programmaverantwoordelijkheid uit te besteden aan een door TenneT erkende PV en daartoe met deze partij een overeenkomst te sluiten.
- Voor het leveren van elektriciteit aan kleinverbruikers is in beginsel een vergunning vereist. Indien het waterschap kan aantonen dat er sprake is van één van de in artikel 95a van de Elektriciteitswet genoemde specifieke omstandigheden, is geen vergunning nodig. Dit geldt onder meer indien het waterschap de elektriciteit levert aan een dochtermaatschappij van het waterschap, of indien het waterschap deel uitmaakt van een samenwerkingsverband van afnemers van de elektriciteit, waarbij de meerderheid van de afnemers handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

8.10 Risicoanalyse

Belangrijke aandachtspunten en risico's:

- Bij levering van elektriciteit aan derden geldt een programmaverantwoordelijkheid, met bijbehorende (administratieve) verplichtingen.
- Bij levering van elektriciteit aan kleinverbruikers geldt een vergunningsplicht, met bijbehorende wettelijke verplichtingen uit hoofde van de Elektriciteitswet en het Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers. Indien deze verplichtingen worden geschonden, kan ACM een boete opleggen.

8.11 Checklist

Een waterschap kan de volgende checklist hanteren bij de juridische beoordeling van de productie en levering van elektriciteit:

- 1) Wenst het waterschap zelf opgewekte elektriciteit terug te leveren aan het net?
- 2) Is er sprake van levering van elektriciteit aan derden?
- 3) Indien een waterschap elektriciteit wil leveren aan derden, dient het programmaverantwoordelijkheid te regelen.
- 4) Bij levering van elektriciteit over het net moet worden beoordeeld of er sprake is van levering van elektriciteit aan een groot- of kleinverbruiker.
- 5) Voor levering van elektriciteit aan kleinverbruikers is een vergunning van ACM vereist, tenzij er sprake is van één van de wettelijke uitzonderingen.
- 6) Is er sprake van een particulier elektriciteitsnet van het waterschap?
- 7) Komt het waterschap in aanmerking voor garanties van oorsprong?

8.12 Gas: beschrijving van het juridische landschap

8.12.1 Wet- en regelgeving

Met betrekking tot de productie en levering van gas is de Gaswet van belang. De Gaswet²¹⁸⁾ en daarop gebaseerde regelgeving heeft een overeenkomstige doelstelling als de Elektriciteitswet 1998: het toegankelijk maken van de oorspronkelijk gemonopoliseerde gasmarkt. In de wet zijn onder meer de volgende onderwerpen geregeld:

- Taken en verplichtingen van de netbeheerder.
- Tariefstructuren voor de berekening van kosten door netbeheerders aan afnemers voor onder meer de aansluiting op het gasnet en het transport van gas.
- Vergunning voor het leveren van gas aan kleinverbruikers.

8.12.2 Jurisprudentie

Hieronder zijn enkele relevante uitspraken opgenomen.

- 1) Besluit Autoriteit Consument en Markt (destijds NMA) van 17 juni 2011, nr. 103807/39 - invoeding gas op aardgasnet

Tussen BioGast Beverwijk V.O.F. (hierna BioGast) en Stedin Netbeheer B.V. (hierna: Stedin) ontstond een geschil over de voorwaarden die Stedin stelt aan het door BioGast in het regionale gastransportnet van Stedin in te voeden groen gas. In 2009 opende BioGast een vergister die rioolslib omzet in gas. De installatie produceerde vooralsnog 70 kuub per uur, maar BioGast kondigde bij Stedin plannen aan om een grotere hoeveelheid gas in te voeden op het hogedruknet. Stedin berichtte daarop dat het de zogenoemde ‘Aanvullende voorwaarden regionaal netbeheer groen gas invoeders’ zou gaan toepassen. Stedin stelde dat het aandeel groen gas dusdanig groot zou worden dat calorische waarde van het gas ‘gelijk of hoger’ moet zijn aan de waarde van ‘gewoon’ aardgas dat landelijk gastransporteur GTS in het regionet invoedt. Volgens Stedin zou de speciale eis nodig zijn omdat groen gas niet goed mengt met grijs gas en bij de verdrievoudiging van productie en invoeding zou het gas in calorische waarde daarom in waarde minimaal gelijk moeten zijn. Volgens Stedin zou zij de veiligheid, systeemintegriteit en gaskwaliteit anders niet meer kunnen garanderen. ACM besliste echter dat Stedin geen aanvullende eisen mocht stellen aan het door Biogast in te voeden groene gas. ACM oordeelde dat de calorische waarde van gas geen invloed heeft op de kwaliteit en ook niets van doen heeft met veiligheid of de integriteit van het gasnet. Stedin moest daarom het groene gas accepteren en aan haar transportplicht voldoen.

Deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap groen gas wenst in te voeden in het aardgasnet. De uitspraak beschrijft hoe ver de eisen mogen gaan die een netbeheerder kan stellen aan het in te voeden gas. Overigens worden in dat geval deze voorwaarden

Groen gas invoeden

218) Met de wetgevingsagenda STROOM zou de Gaswet en de Elektriciteitswet per januari 2016 worden gewijzigd, maar op 22 december 2015 werd de wet door de Eerste Kamer verworpen. De opvolger, de Wet ‘VET’ (Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (‘Wet voortgang energietransitie’)) is in 2016 ingediend bij de Tweede Kamer, maar is recentelijk ‘controversieel’ verklaard zodat hierover eerst kan worden besloten na het aantreden van een nieuw kabinet.

vaak vastgelegd in de aansluit- en transportvoorwaarden die op de invoeding door het waterschap van toepassing worden verklaard.

- 2) Rechtbank Leeuwarden tussenvonnis 23 oktober 1996, rolnr. H 869/95, eindvonnis 9 juli 2003 - aansprakelijkheid leverancier gas

Op basis van een tussen kwekerij Tjongerhof en Frigem gesloten overeenkomst leverde Frigem gas aan Tjongerhof. Laatstgenoemde gebruikte dit gas voor de exploitatie van zijn kwekerij. In deze procedure eiste Tjongerhof schadevergoeding van Frigem, omdat een te hoge fluorconcentratie in het stortgas van de Weperpolder zijn bloemenooft zou vernietigen. Het stortgas kwam voort uit het rottingsproces van een vuilstort, en werd na zuivering in de opwerkinstallatie rechtstreeks in het aardgasnet geïnjecteerd. Tjongerhof stelde dat hij geen gelegenheid had de gassamenstelling te toetsen op schadelijke effecten en dat hij niet op de hoogte was gebracht van het door Frigem uitgevoerde experiment met betrekking tot de samenstelling van het geleverde gas. De rechtbank oordeelde dat Frigem Tjongerhof tijdig op de hoogte had moeten stellen van de toevoeging van stortgas aan het aardgas. Op grond van de redelijkheid en billijkheid bestond er een waarschuwingsplicht bij Frigem als leverancier van het gas, ook gezien het bijzondere gebruik door Tjongerhof van het gas. De leverancier moet dus weten in welke samenstelling het gas wordt geleverd en waarvoor het gas is bestemd.

N.B. In dit geval is de schade opgetreden toen er nog geen sprake was van een geliberaliseerde gasmarkt. Netbeheer en commerciële activiteiten waren destijds nog niet gesplitst, hetgeen in het huidige systeem wel het geval is. De fysieke levering van energie vindt thans plaats door de netbeheerder, die zowel de invoeder als de eindgebruiker voorziet van aansluitingen. Er is echter geen rechtstreeks contact tussen de netbeheerder en de afnemer over de specifieke levering van gas. Dit verschilt van de situatie zoals die bestond ten tijde van bovengenoemde uitspraak. Op basis van deze uitspraak kan betoogd worden dat de controle op het ingevoede gas moet plaatsvinden door de leverancier van het gas; deze heeft immers een contract met de afnemer.²¹⁹⁾

Ook deze uitspraak is van belang voor het geval een waterschap groen gas wenst in te voeden in het aardgasnet. Uit deze uitspraak valt op te maken dat in dat geval het waterschap een controle moet uitvoeren op het ingevoede gas en dat het waterschap voor de kwaliteit van het gas aansprakelijk is.

- 3) Rechtbank Rotterdam, 28 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9379 - levering gas aan kleinverbruikers

Deze uitspraak betreft het beroep van Greenchoice tegen de beslissing op bezwaar van de ACM over de aan deze energieleverancier opgelegde bestuurlijke boetes wegens overtreding van art. 95m, lid 3, E-Wet 1998 en art. 52b, lid

3, Gaswet. Die bepalingen verbieden de houder van een vergunning voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers deze op zodanige wijze te benaderen dat onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten, over de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging. De rechtbank is met de ACM van mening dat de boetes terecht zijn opgelegd.

Deze uitspraak schetst een aantal van de verplichtingen die op het waterschap zullen rusten indien het elektriciteit en gas aan kleinverbruikers wil gaan leveren. Voor deze levering is in beginsel een vergunning vereist, die (administratieve) verplichtingen voor het waterschap meebrengt.

Levering aan kleinverbruikers

- 4) Beslissing van 6 december 2012, met kenmerk 103661/288, van de ACM (voorheen NMA) - boete op grond van de Gaswet en Elektriciteitswet 1998

ACM heeft Greenchoice een boete opgelegd vanwege overtreding van bepalingen die een elektriciteits- en/of gasleverancier verplichten op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden elektriciteit en gas te leveren aan een afnemer. Greenchoice heeft systematisch aan een grote groep kleinverbruikers niet of niet tijdig een eindafrekening verzonden. Daarmee heeft Greenchoice de op voornoemde bepalingen gebaseerde 'Beleidsregel factureringstermijnen energie' geschonden, waarin is bepaald dat een eindafrekening binnen acht weken na verhuizing of overstap van de kleingebruiker moet zijn verzonden. Greenchoice meent onder meer dat de overtreding niet (volledig) aan haar te wijten is, omdat de netbeheerders de meterstanden niet tijdig aan Greenchoice hebben geleverd. Volgens de raad rust op Greenchoice echter een resultaatsverplichting om de eindafrekening tijdig te versturen en invloed uit te oefenen op de netbeheerder om de meterstanden op tijd aan te leveren. Naar het oordeel van de raad is niet gebleken dat Greenchoice op enigerlei wijze invloed heeft proberen uit te oefenen op de netbeheerder. De raad concludeert daarom dat de overtreding aan Greenchoice is te wijten.

Ook deze uitspraak schetst een aantal van de verplichtingen die op het waterschap zullen rusten indien het elektriciteit en gas aan kleinverbruikers wil gaan leveren aan kleinverbruikers. Zoals gezegd brengt dit wettelijke (administratieve) verplichtingen met zich mee voor het waterschap.

- 5) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 17 juni 2015, ECLI:NL:CBB:2015:214 - Ontheffing aanwijzing netbeheerder electriciteits- en gasnetwerken en wanneer is sprake van een gesloten distributiesysteem (GDS); zie reeds besproken in de paragraaf 'jurisprudentie' bij de Elektriciteitswet.
- 6) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:274 - fysieke verbondenheid vereist voor een gesloten distributiesysteem (GDS); zie reeds besproken in de paragraaf 'jurisprudentie' bij de Elektriciteitswet.

Verantwoordelijk voor kwaliteit van gas

²¹⁹⁾ Zie ook het artikel van mr. D.G. Tempelman 'Groen (als) gas, een analyse van de groengasketen', gepubliceerd in Nederlands Tijdschrift voor Energierecht, nr. 3 juli 2012, p. 119 e.v.

- 7) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:243 – wanneer is sprake van recht op aansluiting op gasnet als de aan te sluiten gasinstallaties zich bevinden in een warmtenetgebied

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de in artikel 10, zesde lid, van de Gaswet opgenomen taak van de netbeheerder om een ieder die daar om verzoekt te voorzien van een aansluiting (de aansluitplicht), anders dan in de Elektriciteitswet, geen absoluut recht op aansluiting impliceert²²⁰⁾.

8.13 Handreiking productie en levering van gas

8.13.1 Analyse van de mogelijkheden

Met groen gas wordt bedoeld het biogas dat is opgewaardeerd tot gas gelijkwaardig aan aardgas. Het opwaarderen van biogas is vaak nodig omdat het ‘ruwe’ biogas een te grote hoeveelheid CO₂ en andere stoffen bevat. Slibgas en stortgas worden vaak onder de noemer van biogas geschaard. De termen biogas en groen gas²²¹⁾ hebben tot op heden nog geen wettelijke definitie in de Gaswet.

Geen wettelijke definitie

Bij de analyse van de juridische mogelijkheden voor een waterschap ten aanzien van de productie en levering van (groen) gas wordt achtereenvolgens behandeld:

- Productie van gas door waterschappen en het gebruik door de waterschappen van zelf geproduceerd gas.
- Opwerking van biogas tot groen gas.
- Levering van gas door waterschappen aan grootverbruikers respectievelijk kleinverbruikers.
- Levering gas voor transport.
- Invoeding groen gas op het aardgasnet.

Productie van gas door waterschappen en het eigen gebruik

Waterschappen kunnen op verschillende manieren (groen) gas produceren, bijvoorbeeld bij opwerking van biogas tot groen gas van aardgaskwaliteit. In rwzi’s wordt zuiveringsslib vergist en omgezet in biogas. De opwerking kan geschieden door het waterschap zelf of door een derde.

De markt van de productie van biogas en de opwerking en invoeding van groen gas is liberaal. Dit betekent dat waterschappen de vrijheid hebben te bepalen of ze gas willen produceren, waar ze dit willen produceren en aan/van welke partijen ze dit willen (ver)kopen²²²⁾. Biogas kunnen waterschappen gebruiken voor bijvoorbeeld de eigen productie van elektriciteit en warmte.

De regels voor het produceren van biogas zijn verspreid over meerdere richtlijnen en wetten. Het productieproces van de productie van biogas wordt niet geregeld in deze richtlijnen. Wel geeft deze regelgeving eisen ten aanzien van de gebruikte producten, bijvoorbeeld het verwerken van dierlijke bijproducten en afgeleide producten in biogas en compost. Ook is er specifieke wetgeving ten aanzien van het digestaat (het restproduct dat in de vergisters achterblijft).

Digestaat

Voor de productie van gas zijn twee richtlijnen van belang, de Gasrichtlijn²²³⁾ en de Richtlijn hernieuwbare energie²²⁴⁾, geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer en het Besluit en de Regeling hernieuwbare energie vervoer 2015. Het Besluit hernieuwbare energie vervoer legt een verplichting op om hernieuwbare energie te leveren aan bedrijven die brandstoffen uitslaan tot verbruik of anderszins brandstoffen voor wegvoertuigen of mobiele machines op de Nederlandse markt brengen. Dit wordt de jaarverplichting hernieuwbare energie vervoer genoemd.

Er gelden tevens bepaalde eisen en voorwaarden voor de invoeding op het net en voor de levering van gas aan derden.

Opwerking biogas tot groen gas

Biogas heeft een andere samenstelling dan gas in het aardgasnet. Om het gas te mogen implementeren in een aardgasnetwerk, moet het biogas zodanig worden bewerkt dat de samenstelling overeenkomt met die van aardgas. Dit heet het opwaarderen van biogas (tot groen gas) en hier zijn verschillende methodes voor. Welke methode wordt gekozen, hangt in hoofdzaak af van het type vergistingsinstallatie dat wordt gebruikt, waarbij het voornamelijk gaat om het verwijderen van CO₂ en waterstofsulfide.

Het opwaarderen van biogas

N.B. Voor de bouw van een biogasinstallatie moet het waterschap in beginsel een omgevingsvergunning aanvragen. Verder moeten er andere vergunningen worden aangevraagd of gelden andere verplichtingen. Dit is afhankelijk van (het vermogen van) de biogasinstallatie, de producten die als grondstof worden gebruikt en wat er met het digestaat (restproduct) gebeurt.

Wanneer het biogas is opgewaardeerd tot groen gas, moet het gas op het juiste drukniveau worden gebracht zodat dit overeenkomt met de hoeveelheid bar van het net waarop wordt ingevoed. Ook moet het gas worden geodoriseerd, zodat het ruikbaar en daarmee waarneembaar wordt, zodat gevaarlijke situaties kunnen worden vermeden.

Levering van (groen) gas

Het door een waterschap geproduceerde gas kan worden geleverd aan een aardgasnet of worden ingezet voor transport (bijvoorbeeld levering aan tankstations voor (eigen) vrachtwagens). Ook kan een waterschap besluiten het biogas niet op te

220) Het recht op aansluiting, en daarmee de aansluitplicht, is begrensd in artikel 4.2, aanhef en onderdeel a van de op artikel 12, eerste lid, aanhef en onderdeel f, van de Gaswet gebaseerde Regeling Gebiedsindeling Gas. Daarin is geregeld dat geen recht op aansluiting bestaat indien de aan te sluiten gasinstallatie zich bevindt in een warmtenetgebied.

221) In de Kamerbrief ‘Warmtevisie’ van 2 april 2015 (Kamerstukken II, 2014/15, 30196, 305) wordt een beschrijving gegeven: ‘Groen gas is de productie van methaangas door vergisting of vergassing. Het gas kan opgewaardeerd worden tot aardgaskwaliteit en dan het gasnet in, of gebruikt worden in een WKK. Het gaat hierbij om gas uit rioolwaterzuivering, vergisting van mest en overig biogas uit vergisting of vergassing’.

222) Let op de beperkingen die beschreven zijn in het hoofdstuk Wettelijk kader van waterschappen.

223) De richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 2003/55/EG (de 3e Gasrichtlijn).

224) Richtlijn hernieuwbare energie van 6 april 2009 van de Raad van de Europese Unie (2009/28/EG).

waarden tot groen gas, maar het onbewerkte biogas te leveren aan derden. Dit bio-
gas kan worden gebruikt voor het verwarmen van bijvoorbeeld een zwembad.

Levering gas voor transport

De Richtlijn hernieuwbare energie verplicht de lidstaten om in 2020 een bepaald
percentage aan hernieuwbare energie voor vervoer te realiseren. In het Besluit en
de Regeling hernieuwbare energie vervoer 2015 is de Jaarverplichting hernieuwbare
energie vervoer vastgelegd. Deze verplichting houdt in dat een bepaald percentage
van de brandstof die wordt gebruikt in het verkeer uit alternatieven voor fossiele
brandstoffen moet bestaan. De genoemde regels gelden - kort gezegd - voor bedrij-
ven die benzine en diesel aan tankstations leveren. Zij voegen vaak biobrandstof toe
aan de bestaande mix van diesel of benzine (bijmenging).

Wanneer het waterschap het biogas of groen gas wil inzetten voor transportdoel-
einden en het meetelt met de bijmengverplichting voor biotransportbrandstoffen, is
duurzaamheidscertificatie van biogas en groen gas wettelijk verplicht. De duurzaam-
heidscertificatie komt hierna aan de orde.

Invoeding groen gas op aardgasnet

Om groen gas te kunnen invoeden op het aardgasnet, heeft een waterschap een
aansluiting op het net nodig. Meestal is dit het regionale net. Op grond van artikel
14 van de Gaswet geldt een aansluitplicht²²⁵⁾ voor regionale netbeheerders om
invoeders van groen gas aan te sluiten op het distributienet onder voorwaarden die
redelijk, transparant en niet-discriminatoir zijn.

De voorwaarden die een netbeheerder mag hanteren voor realisatie van een aanslui-
ting, vinden hun grondslag in de Gaswet. Van belang zijn de Aansluit- en Transport-
voorwaarden Gas-RNB²²⁶⁾, die de invoeding van groen gas regelen. Daarnaast gelden
de Aanvullende Voorwaarden voor Groen Gas Invoeders, waarin gasspecificaties
zijn opgenomen. Een netbeheerder kan verder met een waterschap aanvullende
specificaties overeenkomen in een aansluit- en transportovereenkomst, indien een
waterschap groen gas wil invoeden in het net.

Als een waterschap groen gas wil invoeden in het net van een regionale of de lande-
lijke netbeheerder, moet het voldoen aan de eisen ten aanzien van de gaskwaliteit.
Voor deze eisen is een ministeriële regeling opgesteld²²⁷⁾ die per 1 oktober 2014 in
werking is getreden. Het in te voeren gas moet voldoen aan de specificaties genoemd
in deze regeling. Hieronder ter illustratie een aantal voorwaarden dat van belang is:

- Het ingevoede gas moet minimaal van aardgaskwaliteit zijn. Metingen
ter verificatie dienen verricht te worden door een erkend meetbedrijf.

225) In artikel 15 van de Gaswet staan uitzonderingen op deze plicht. Deze uitzonderingen
bestaan als de beheerstaken van de netbeheerder worden verhinderd door de aansluiting,
hetgeen een rechtvaardiging kan vormen voor de weigering van de aansluiting.

226) De Aansluit- en transportvoorwaarden RNB bevatten voorschriften over de relatie
tussen regionale netbeheerders en de bedrijven en consumenten die zijn aangesloten
op de regionale gastransportnetten. De voorschriften gaan onder andere over het
functioneren van het gastransportnet, het aansluiten van klanten op het net en
over de kwaliteit van de dienstverlening van de regionale netbeheerders.

227) Regeling van de minister van Economische Zaken, nr. WJZ/13196684, tot vaststelling
van regels voor de gaskwaliteit (Regeling gaskwaliteit).

- Het gas moet technisch schoon zijn van micro-organismen.

- Groen gas moet op de door de netbeheerder
gespecificeerde druk worden aangeleverd.

- De eigenaar van de invoedingsinstallatie heeft de verantwoordelijkheid
over het gehele ingevoede volume dat wordt afgenomen.

Daarnaast moet het waterschap voldoen aan de door de ACM vastgestelde technische
codes.²²⁸⁾ In deze technische codes zijn in principe de algemene voorwaarden voor de
netbeheerders als basis voor een aansluit- en transportovereenkomst opgenomen.

Onderscheid groot- en kleinverbruikers

Net als bij elektriciteit is het onderscheid tussen groot- en kleinverbruikers gebaseerd
op de maximale hoeveelheid energie die per tijdseenheid kan worden afgenomen. Voor
gas is de grens daarbij gesteld op 40 m³ per uur.²²⁹⁾ Als een waterschap een aansluiting
heeft met een totale maximale capaciteit van 40 m³ per uur, wordt het gekwalificeerd
als kleinverbruiker, daarboven wordt het waterschap aangemerkt als grootverbruiker.

8.13.2 Levering aan grootverbruikers

Een waterschap mag zonder vergunning gas leveren aan grootverbruikers. Zoals
hierboven gezegd kunnen waterschappen op grond van artikel 43 van de Gaswet
worden aangemerkt als grootverbruiker indien zij over een aansluiting beschikken
met een capaciteit van meer dan 40 m³ per uur.

8.13.3 Rechtstreekse levering aan derden-kleinverbruikers

Indien een waterschap gas wil leveren aan kleinverbruikers, is op grond van artikel
43 van de Gaswet een vergunning vereist. Een vergunning is niet vereist indien -
voor zover hier relevant - er sprake is van een levering ‘anders dan bedrijfsmatig’ of
in het kader van een samenwerkingsverband van kleinverbruikers.

Artikel 43 van de Gaswet luidt:

- 1) Het is verboden zonder vergunning gas te leveren aan afnemers
die beschikken over een aansluiting op een net met een totale
maximale capaciteit van ten hoogste 40 m³ (n) per uur.
- 2) Het verbod geldt niet ten aanzien van het leveren van gas:
 - a) door een buiten Nederland gevestigde leverancier van gas aan
ten hoogste 500 afnemers, als bedoeld in het eerste lid, die
wonen in gebieden aan de Nederlandse landsgrens; of
 - b) indien het gas anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd
overeenkomstig bij ministeriële regeling te stellen regels;
 - c) indien het gas wordt geleverd in het kader van een
overeenkomst als bedoeld in artikel 52c.

228) <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/gas/codes-gas/technische-codes-gas/>

229) Artikel 43 lid 1 Gaswet.

Aansluitplicht

Aansluit- en Transportvoor-
waarden Gas-RNB

Technische codes

Vergunning

Per situatie moet worden beoordeeld of er sprake is van een van bovengenoemde uitzonderingen.

Particulier gasnet

Er bestaat een ontheffingsmogelijkheid voor gasnetten die inhoudelijk vergelijkbaar is met die van particuliere elektriciteitsnetten. Deze ontheffingsmogelijkheid is opgenomen in artikel 2a Gaswet.

Ontheffingsmogelijkheid

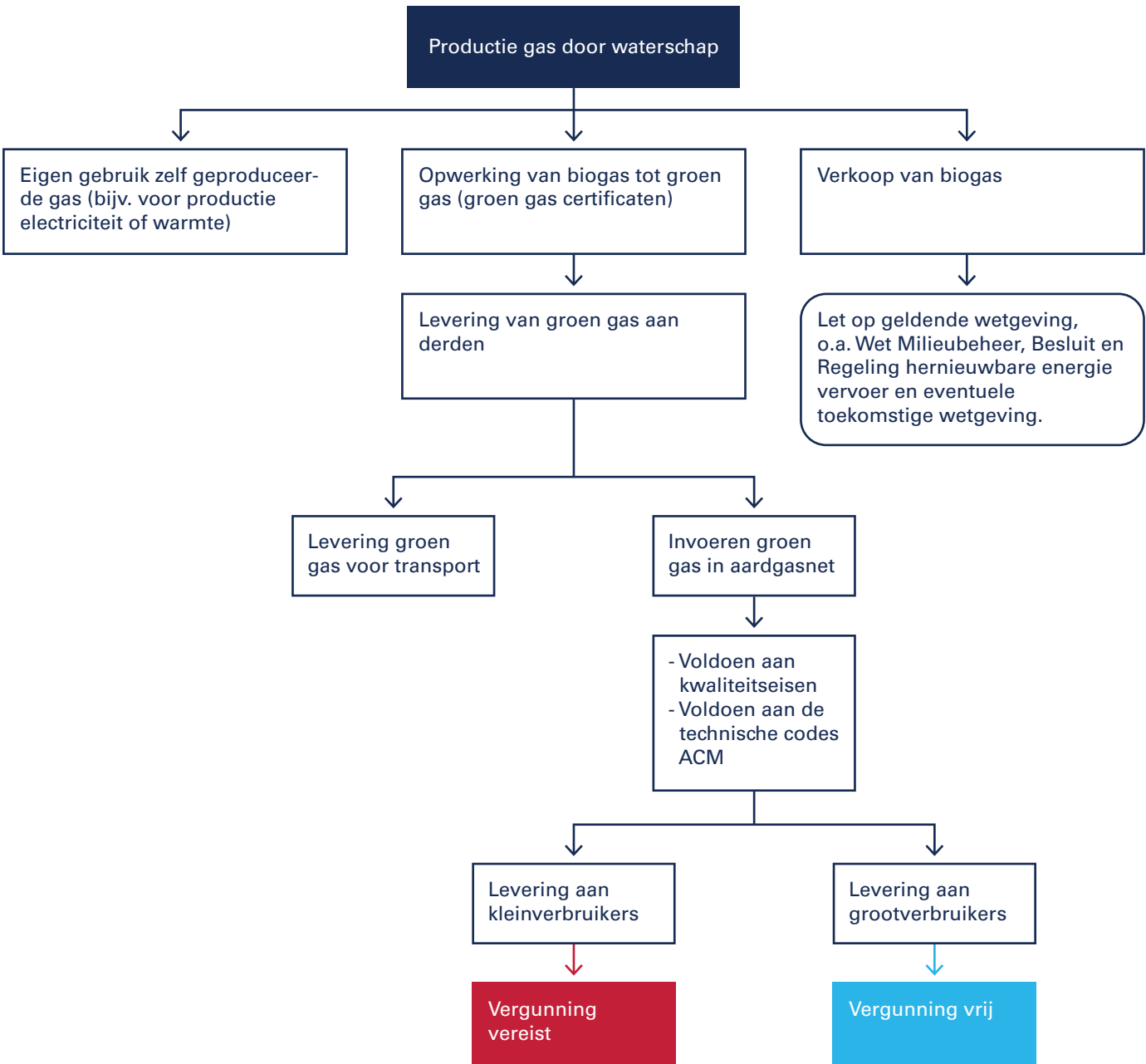
Ook ten aanzien van gasnetten zijn naast het openbare net twee bijzondere situaties te onderscheiden: 1) het gesloten distributiesysteem, waarbij een aantal afnemers en producenten is aangesloten op een afzonderlijk net; 2) de directe lijn die een producent en een afnemer met elkaar verbindt om hun eigen vestigingen, dochter-ondernemingen en in aanmerking komende afnemers van gas te voorzien. Voor de toelichting van deze begrippen verwijzen wij naar het hiervoor gestelde ten aanzien van particuliere elektriciteitsnetten.

Artikel 2a lid 1 Gaswet luidt:

- 1) De Autoriteit Consument en Markt kan op diens aanvraag ontheffing verlenen aan een eigenaar van een gesloten distributiesysteem van het gebod van artikel 2, achtste lid, indien:
- de bedrijfs- of productieproces van de gebruikers van een gesloten distributiesysteem om specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd is; of
 - het gesloten distributiesysteem primair gas transporteert voor de eigenaar van dat systeem of de daarmee verwante bedrijven; en
 - de aanvrager geen netbeheerder is en niet in een groepsmaatschappij met een netbeheerder verbonden is.

8.13.4 Schematische weergave

Uit onderstaand schema blijkt welke opties een waterschap heeft ten aanzien van door een waterschap geproduceerd gas:



8.14 Belemmeringen en mogelijke oplossingen

De productie en levering van gas door waterschappen kent de volgende belemmeringen:

- De Gaswet eist voor de levering aan kleinverbruikers een vergunning met bijbehorende wettelijke verplichtingen uit hoofde van de Gaswet. Indien deze

verplichtingen worden geschonden, kan de ACM een boete opleggen tenzij er sprake is van wettelijke uitzonderingen.²³⁰⁾

- Aan het transport van biogas kleven een aantal veiligheidsrisico's, bijvoorbeeld de toxiciteit van componenten in het biogas en de aanwezigheid van schadelijke micro-organismen. Omdat biogasleidingen buiten de Gaswet vallen, gelden er geen wettelijke eisen met betrekking tot veiligheid en kwaliteit en kunnen per gemeente andere eisen gesteld worden aan de vergunningen.

8.15 Risicoanalyse

Belangrijke aandachtspunten en risico's zijn de volgende:

- Aandachtspunt is dat als een waterschap groen gas wil invoeden in het net van een regionale of de landelijke netbeheerder, het waterschap moet voldoen aan de eisen ten aanzien van de gaskwaliteit (opwerking van ruw biogas naar aardgaskwaliteit). Daarnaast moet het waterschap voldoen aan de door de ACM vastgestelde technische codes. In deze technische codes zijn in principe de ‘algemene voorwaarden’ voor de netbeheerders als basis voor een Aansluit- en Transportovereenkomst opgenomen.
- Indien een waterschap gas wil invoeden in een gasnet, ligt de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het in te voeden gas in beginsel bij het waterschap als gasproducent. Wanneer er schade ontstaat als gevolg van de invoeding van groen gas, kan het waterschap als invoeder van het gas hiervoor aansprakelijk worden gehouden. Het is daarom belangrijk de kwaliteit van het in te voeden groen gas te controleren.
- De wet- en regelgeving rondom de productie, verwerking en levering van biogas is in beweging. Het is daarom noodzakelijk met regelmaat een onderzoek te doen naar de meest recente toepasselijke regelgeving. Zo is bijvoorbeeld recentelijk een richtlijn opgesteld²³¹⁾ die technische eisen voor het transport van ruw biogas beschrijven omdat de biogasleidingen niet onder de Gaswet vallen en er vrijheidsgraden bestaan op het gebied van gaskwaliteit, ontwerp, aanleg en beheer.
- Hoewel de waterschappen vrij zijn om biogas te produceren, op te waarderen en te verkopen, dienen deze activiteiten plaats te vinden in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken, zoals het zuiveringsbeheer en watersysteembeheer (zie hoofdstuk 2 over het wettelijke kader).

230) Art. 43 Gaswet. Als uitzondering op het vergunningvereiste wordt genoemd het leveren van gas: “b) indien het gas anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd overeenkomstig bij ministeriële regeling te stellen regels” (de Uitvoeringsregeling Gaswet) of “c) indien het gas wordt geleverd in het kader van een overeenkomst als bedoeld in artikel 52 c” (overeenkomst tot levering van gas aan een daar genoemde bepaalde groep van afnemers).

231) Voorstel voor richtlijn voor het transport van ruw biogas, KIWA N.V. 26 januari 2016, in opdracht van Netbeheer Nederland.

8.16 Checklist

Een waterschap kan de volgende checklist hanteren bij de juridische beoordeling van de productie en levering van gas:

- 1) Produceert het waterschap biogas?
- 2) Zo ja, wenst het waterschap biogas:
 - zelf te verbruiken voor het opwekken van elektriciteit en/of warmte?
 - te verhandelen (direct of door middel van certificaten)?
 - op te werken tot groen gas voor transport?
 - op te werken tot groen gas voor invoeding in het aardgasnet?
- 3) Indien een waterschap het biogas wenst op te waarderen tot groen gas voor invoeding in het aardgasnet, moet het voldoen aan de geldende wet- en regelgeving, onder meer:
 - er is een aansluiting op het net vereist
 - er moet worden voldaan aan de wettelijke eisen ten aanzien van de gaskwaliteit
 - er moet worden voldaan aan de door de ACM vastgestelde technische codes
 - voor de bouw van een biogasinstallatie moet het waterschap in beginsel een omgevingsvergunning aanvragen. Verder moeten andere vergunningen worden aangevraagd of gelden andere verplichtingen. Dit is afhankelijk van (het vermogen van) de biogasinstallatie, de producten die als grondstof worden gebruikt en wat er met het digestaat (restproduct) gebeurt.
- 4) Als het waterschap groen gas wil leveren over het net, moet worden beoordeeld of er sprake is van levering van gas aan een groot- of kleinverbruiker.
- 5) Voor levering van gas aan kleinverbruikers is een vergunning vereist, tenzij er sprake is van één van de wettelijke uitzonderingen.
- 6) Kan het waterschap in aanmerking komen voor een ontheffing voor een particulier gasnet?
- 7) Komt het waterschap in aanmerking voor garanties van oorsprong?

8.17 Warmte(wetgeving): beschrijving van het juridische landschap

8.17.1 Wet- en regelgeving

Onder meer de volgende wet- en regelgeving²³²⁾ is van toepassing in relatie tot de productie en levering van warmte:

- Warmtewet.
- Warmtebesluit.
- Warmteregeling²³³⁾.

232) Waaronder ook beleidsregels, codes, richtlijnen, et cetera worden begrepen.

233) De regeling houdende uitvoering van het Warmtebesluit en de Warmtewet.

Op 1 januari 2014 is de nieuwe Warmtewet in werking getreden²³⁴⁾. Het doel van de Warmtewet en de daarop gebaseerde regelgeving is het beschermen van klein-verbruikers (dat wil zeggen verbruikers met een aansluiting van maximaal 100 kW, zijnde consumenten en kleinzakelijke afnemers) die van warmtelevering afhankelijk zijn voor wat betreft ruimteverwarming en tapwater.

In de wet zijn onder meer de volgende onderwerpen geregeld:

- Taken en verplichtingen van de warmteleverancier.
- Kostenverdelingssystematiek.
- Vergunning voor het leveren van warmte.

8.18 Jurisprudentie

Sinds de inwerkingtreding van de Warmtewet in 2014 zijn er een aantal uitspraken geweest die ook van belang zijn voor de waterschappen.

- Ook waterlevering via een systeem van warmte- en koudeopslag (WKO) met een (lage) temperatuur van 11,95 graden Celsius valt onder de Warmtewet.²³⁵⁾
- ACM besluit dat de leverancier, in navolging van bovenstaande uitspraak, artikel 2, tweede lid, van de Warmtewet heeft overtreden door niet ten minste jaarlijks een volledige en voldoende gespecificeerde nota aan de individuele bewoners te verstrekken waarop precies staat aangegeven hoeveel zij hebben verbruikt²³⁶⁾.
- Warmtelevering door leverancier aan verbruiker zonder dat sprake is van een leveringsovereenkomst is onverschuldigde betaling door de leverancier.²³⁷⁾
- Het doel van de Warmtewet is consumentenbescherming (bescherming tegen te hoge tarieven). Artikel 5 van de Warmtewet maakt het niet mogelijk dat naar eigen inzicht en zonder specificatie, gebruiksonafhankelijke kosten in rekening gebracht mogen worden²³⁸⁾.
- Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de in artikel 10, zesde lid, van de Gaswet opgenomen taak van de netbeheerder om een ieder die daar om verzoekt te voorzien van een aansluiting (de aansluitplicht), anders dan in de Elektriciteitswet, geen absoluut recht op aansluiting impliceert. Het recht op aansluiting, en daarmee de aansluitplicht, is begrensd in artikel 4.2, aanhef en onderdeel a van de op artikel 12, eerste lid, aanhef en onderdeel f, van de Gaswet gebaseerde Regeling Gebiedsindeling Gas. Daarin is geregeld dat geen recht op aansluiting bestaat indien de aan te sluiten gasinstallatie zich bevindt in een warmtenetgebied²³⁹⁾.

234) Op 22 mei 2017 is een voorstel van wet houdende wijziging van de Warmtewet (wijzigingen naar aanleiding van de evaluatie van de Warmtewet) bij de Tweede Kamer ingediend, zie Kamerstukken II, 34 723, nr. 2. In de ‘Warmtebrief’ van 2 april 2015 had Minister Kamp reeds aangekondigd dat hij een aantal nieuwe maatregelen zou nemen om benutting van restwarmte en duurzame warmte te stimuleren en een nieuwe warmtewet zou voorbereiden.
235) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 22 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:30.
236) ACM, besluit 9 maart 2017, kenmerk ACM/DJZ/2017/201341.
237) Gerechtshof Den Bosch, 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4293.
238) Rechtbank Rotterdam, 18 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8645.
239) College van Beroep voor het bedrijfsleven, 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:243.

- Het hof is van oordeel dat uit de gedragingen van de bewoners inhoudende betaling van het in rekening gebrachte vastrecht, niet kan worden afgeleid dat zij aldus hebben ingestemd met het periodiek in rekening brengen van een deel van de aansluitbijdrage door de warmteleverancier. Het hof komt tot de conclusie dat de warmteleverancier met de bewoners een overeenkomst tot aansluiting van hun woning op het warmtenet heeft gesloten en daarvoor een prijs heeft geoffreerd die de bewoners hebben geaccepteerd. De warmteleverancier heeft dan vervolgens niet meer het recht om aanvullende aansluitkosten in rekening te brengen, ook al hebben de bewoners gedurende een bepaalde periode een bedrag aan vastrecht betaald waarin een component aansluitbijdrage was opgenomen. Zij hebben dit onverschuldigd betaald, nu daarvoor een contractuele grondslag ontbreekt.²⁴⁰⁾

8.19 Handreiking productie en levering van warmte

8.19.1 Analyse van de mogelijkheden

Bij de analyse van de juridische mogelijkheden voor een waterschap ten aanzien van de productie en levering van warmte wordt achtereenvolgens behandeld:

- de productie van warmte door waterschappen
- het gebruik door de waterschappen van zelf geproduceerde warmte
- de levering van warmte door waterschappen aan derden.

8.19.2 Productie van warmte door waterschappen

Waterschappen produceren warmte door verbranding van biogas in een WKK. Verder onttrekken waterschappen warmte aan influent, het inkomende vuile water. Waterschappen kunnen effluentwarmte gebruiken om bijvoorbeeld de slibvergisting op temperatuur te houden. Zij kunnen deze effluentwarmte ook leveren aan derden.

8.19.3 Gebruik van zelf geproduceerde warmte

De markt voor productie van warmte is vrij. Een waterschap mag zelf warmte produceren en deze zelf gebruiken. De zelf geproduceerde warmte kan door waterschappen ingezet worden in de slibvergister en in de eigen gebouwen. Dit is een rendabele manier waarbij kan worden bespaard op de inkoop van energie.

8.19.4 Levering van warmte door waterschappen

Waterschappen kunnen effluentwarmte leveren aan derden²⁴¹⁾ (bijvoorbeeld huishoudens en bedrijven, waaronder warmtebedrijven) - onder meer via warmte-uitwisselingscircuits - ter optimalisatie van het slibverwerkings- en/of afvalverbrandingsproces (rookgasreiniging). Ook kunnen waterschappen deze warmte leveren aan bijvoorbeeld een zwembad, dat een continue vraag naar warmte heeft.

De Warmtewet is van toepassing indien warmte wordt geleverd aan verbruikers in de zin van de Warmtewet, te weten verbruikers met een warmteaansluiting tot 100 kW. Artikel 1 lid d Warmtewet definieert warmte als ‘warm water of tapwater

240) Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 4 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1424.
241) Let op de beperkingen die beschreven zijn in het hoofdstuk Wettelijk kader van waterschappen.

Directe en indirecte warmte

bestemd voor ruimteverwarming, sanitaire doeleinden en huishoudelijk gebruik’. De Memorie van Toelichting van de Warmtewet zegt dat waar in onderdeel d wordt gesproken over ‘warmte’ zowel warmte ten behoeve van ruimteverwarming wordt bedoeld als warm tapwater.²⁴²⁾

De Warmtewet is niet volledig van toepassing op alle vormen van warmtelevering. Het is op voorhand niet duidelijk of de levering van effluentwarmte via warmte-uitwisselingscircuits valt onder de definitie ‘warmte’ zoals bedoeld in de Warmtewet. In de Memorie van toelichting op de Warmtewet wordt geen onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte warmte. Onder ‘levering van warmte’ wordt in de Memorie van Toelichting van de Warmtewet verstaan ‘de fysieke beschikbaarstelling van warmte geschikt voor huishoudelijke doeleinden aan kleinverbruikers op het overdrachtspunt’, dat wil zeggen het punt waar het warmtenet overgaat in de installatie. Omdat het begrip levering van warmte als aparte definitie is opgenomen, is het onduidelijk of het *indirect* warmte leveren door een waterschap aan een warmte-uitwisselingscircuit valt onder de definitie van (levering van) warmte. Indien dit *niet* het geval zou zijn, zou de levering van effluentwarmte door de waterschappen zonder vergunning kunnen plaatsvinden.

Kleinverbruiker

Het begrip kleinverbruiker in de Warmtewet betreft natuurlijke personen die warmte afnemen ten behoeve van huishoudelijke doeleinden, zoals ruimteverwarming en sanitaire doeleinden (wassen, douchen, et cetera) en een aansluiting hebben van maximaal 100 kW. De Warmtewet regelt alleen de levering van warmte aan kleinverbruikers. Levering van warmte aan de zakelijke afnemers met een aansluiting van meer dan 100 kW, zoals de procesindustrie en commerciële instellingen (banken, winkels, et cetera), valt derhalve niet onder de reikwijdte van deze wet.

Of de te leveren warmte van het waterschap moet worden gezien als warmtelevering in de zin van de Warmtewet, moet per geval bekeken worden²⁴³⁾.

Levering van warmte aan grootverbruikers

Grootverbruikers

De Warmtewet regelt niet de levering van warmte aan grootverbruikers. Concreet betekent dit dat wanneer een waterschap warmte wil leveren aan een grootverbruiker, het waterschap geen vergunning nodig heeft en in beginsel vrij is om een prijs te bepalen en contractuele voorwaarden te stellen aan de levering van warmte.²⁴⁴⁾

Levering van warmte aan kleinverbruikers

Vergunningenstelsel

De Warmtewet geeft regels voor de levering van warmte aan kleinverbruikers²⁴⁵⁾ tegen een redelijke prijs. Hiertoe is een vergunningenstelsel in het leven geroepen. Indien een waterschap warmte wil leveren aan kleinverbruikers, moet het een vergunning aanvragen bij de minister van Economische Zaken.

De voorwaarden om in aanmerking te komen voor een vergunning zijn kortweg de volgende²⁴⁶⁾:

- Het waterschap moet aantonen dat het de organisatorische, financiële en technische kwaliteiten heeft om zijn taak goed uit te voeren.
- Het waterschap moet in staat worden geacht de verplichtingen van de Warmtewet die voor het waterschap gelden na te komen.
- Als eenmaal een vergunning is verkregen, gelden voor het waterschap als vergunninghouder een aantal verplichtingen.

Er gelden voorwaarden ten aanzien van de overeenkomst tussen het waterschap als leverancier en de verbruiker waaronder:

- de prijzen en de voorwaarden van levering.
- Vermelding van de overeengekomen kwaliteitsniveaus (minimum en maximum temperatuur).
- Een maximumprijs voor de levering van warmte (vast te stellen door de ACM), die is gebaseerd op de integrale kosten die een verbruiker zou moeten maken voor het verkrijgen van dezelfde hoeveelheid warmte bij gebruik van gas als energiebron (het ‘Niet Meer Dan Anders-principe’). Ook de aansluitbijdrage is gemaximeerd.²⁴⁷⁾

Niet Meer Dan Anders-principe

En: service verplichtingen²⁴⁸⁾, waaronder:

- Inspanningsverplichting om afsluiting dan wel onderbreking van de levering van warmte te voorkomen. De verbruiker moet bovendien tijdig worden geïnformeerd over een onderbreking.
- Verbruikers ontvangen (minimaal) jaarlijks een gespecificeerde nota met betrekking tot de prijs voor levering van warmte.
- Het waterschap moet correspondentie van de verbruikers binnen de gestelde termijnen afhandelen.

Het waterschap kan werkzaamheden die verband houden met de levering van warmte aan kleinverbruikers, zoals het onderhoud van het warmtenet en facturering aan afnemers, uitbesteden aan een derde. Voorwaarde daarbij is wel dat de uitvoering van de uitbestede werkzaamheden onder volledige verantwoordelijkheid van het waterschap plaatsvindt.

242) Tweede Kamer, Vergaderjaar 2002-2003, Kamerstuk 29048 nr. 3, p. 18,19.

243) Op basis van jurisprudentie valt ook waterlevering via een WKO met een lage temperatuur onder de Warmtewet, zie College van Beroep voor het bedrijfsleven, 22 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:30.

244) Eenzelfde uitzondering op de vergunningplicht bestaat voor levering van energie aan grootverbruikers op grond van de Elektriciteitswet en Gaswet.

245) Een persoon die warmte afneemt van een warmtenet en een aansluiting heeft van maximaal 100 kW (art. 1, onder g, Warmtewet).

246) Zie voor de voorwaarden ook het Warmtebesluit. 1 MWh.

247) Zie ook het Warmtebesluit.

248) Zie ook de Warmteregeling.

Uitzonderingen vergunningplicht

Als sprake is van kleinschalige levering van warmte door een waterschap, is een vergunning niet vereist (artikel 9 lid 2 van de Warmtewet). Hiervan is sprake voor zover het waterschap dat de warmte levert:

- warmte levert aan ten hoogste 10 verbruikers tegelijk
- per jaar niet meer warmte levert dan 10.000 gigajoules
- eigenaar of verhuurder is van de gebouwen ten behoeve waarvan de warmte wordt geleverd.

Per situatie moet worden beoordeeld of er sprake is van een van de uitzonderingen zoals genoemd in artikel 9 lid 2 Warmtewet.

Indien een waterschap warmte levert op grond van de Warmtewet maar daarvoor geen vergunning nodig heeft, gelden onder meer de volgende verplichtingen voor het waterschap als leverancier van de warmte²⁴⁹⁾:

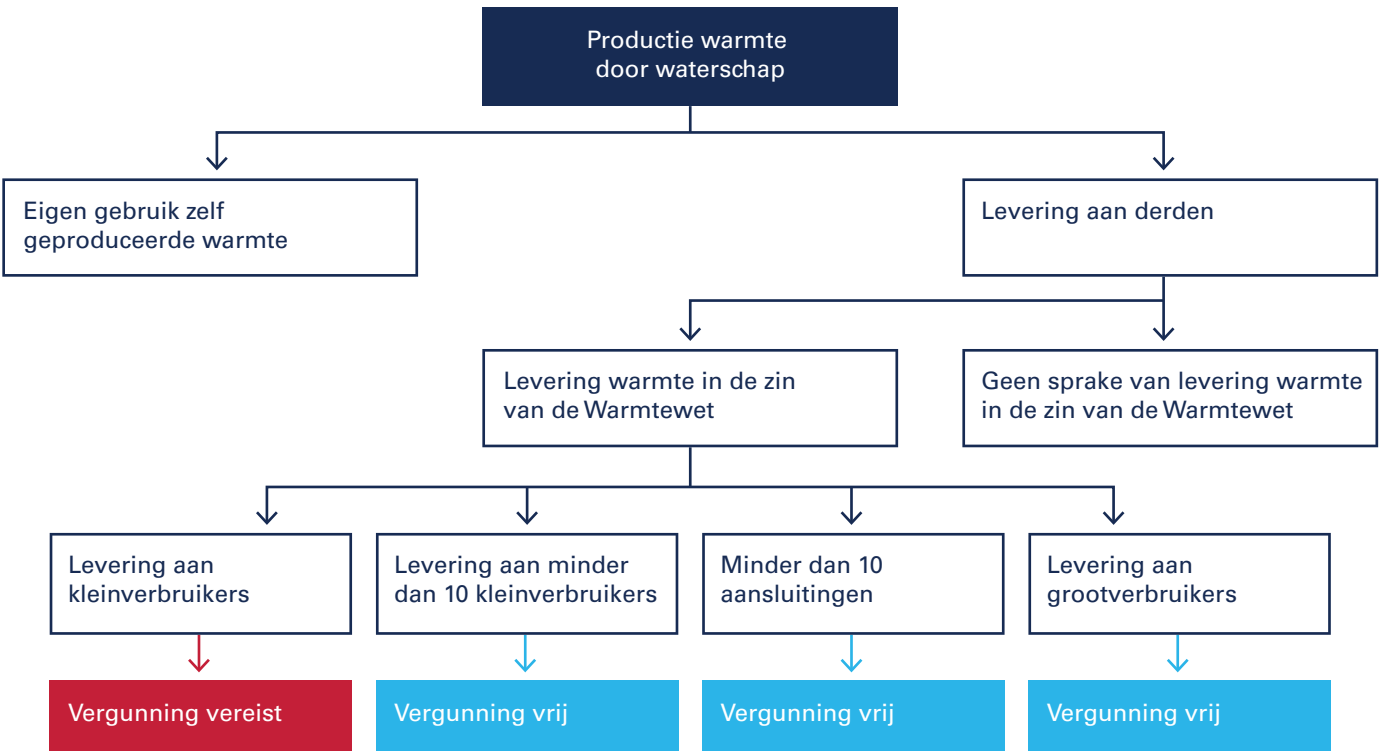
- Het waterschap moet een overeenkomst sluiten met alle afzonderlijke afnemers voor het leveren van warmte en/of koude.
- Het waterschap moet alle storingen van de installaties en onderbreking van de levering registreren en de afnemer tijdig informeren over geplande werkzaamheden.
- Indien de afnemer geen meteruitlezing op afstand wenst, moet het waterschap ervoor zorgen dat de afnemer periodiek wordt bezocht voor het uitlezen van de meter ter plaatse.
- Het waterschap moet een afzonderlijke boekhouding van de levering van warmte en/of koude hebben.
- De leverancier moet aantonen dat hij marktconform levert, niet meer dan de maximumprijs in rekening brengt en de afnemer tijdig op de hoogte brengen van prijsaanpassingen.

Geen vergunning

249) Zie Warmtewet, paragraaf 2.1. Algemene bepalingen ten aanzien van de levering van warmte.

8.20 Schematische weergave

Uit onderstaand schema blijkt welke opties een waterschap heeft ten aanzien van door een waterschap geproduceerde warmte:



8.21 Belemmeringen en mogelijke oplossingen

Belemmeringen rond de productie en levering van warmte door waterschappen zijn de volgende:

- Er bestaat onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de Warmtewet. Door de definitie van het begrip ‘warmte’ zullen echter mogelijk niet alle initiatieven van waterschappen tot levering van warmte door de Warmtewet gereguleerd worden. In dat geval lijkt de levering van warmte vrij te mogen plaatsvinden. Een waterschap dient voorafgaand aan een voorgenomen levering van warmte te onderzoeken of dit valt binnen de reikwijdte van de Warmtewet.
- De Warmtewet eist voor de levering aan kleinverbruikers een vergunning, met bijbehorende wettelijke verplichtingen voor de leverancier. Door de Warmtewet geldt een verzwarende administratieve verplichtingen voor leveranciers. Er is geen vergunning vereist voor kleinschalige levering van warmte (art. 9 lid 2 Warmtewet).

8.22 Risicoanalyse

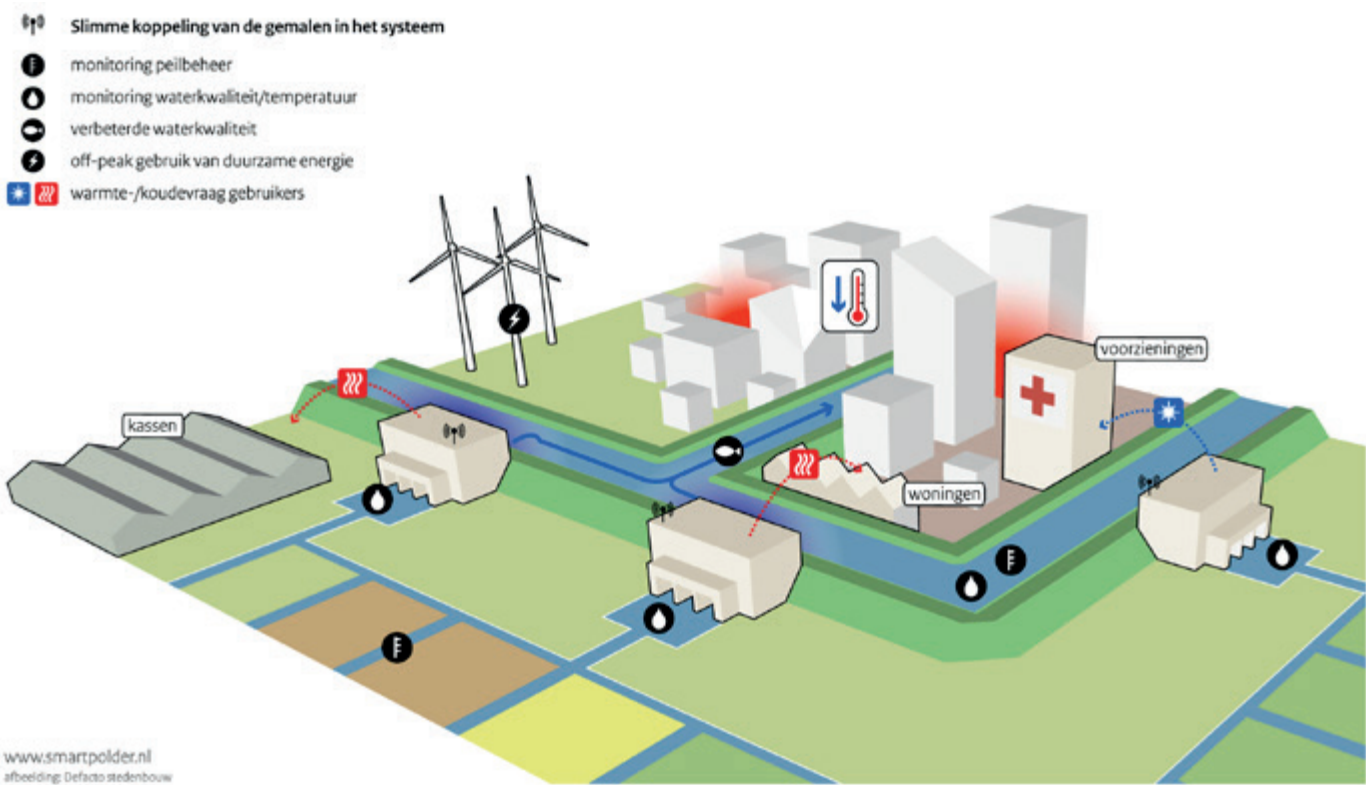
Een belangrijk aandachtspunt is dat per situatie moet worden vastgesteld of het regime van de Warmtewet van toepassing is, omdat deze wet niet volledig van toepassing is op alle vormen van warmtelevering. Zo moet in specifieke gevallen

worden beoordeeld of de levering van effluentwarmte via warmte-uitwisselingscircuiten valt onder de definitie ‘warmte’ zoals bedoeld in de Warmtewet. Indien dit het geval is, moet het waterschap voldoen aan de bepalingen van de Warmtewet.

8.23 Checklist

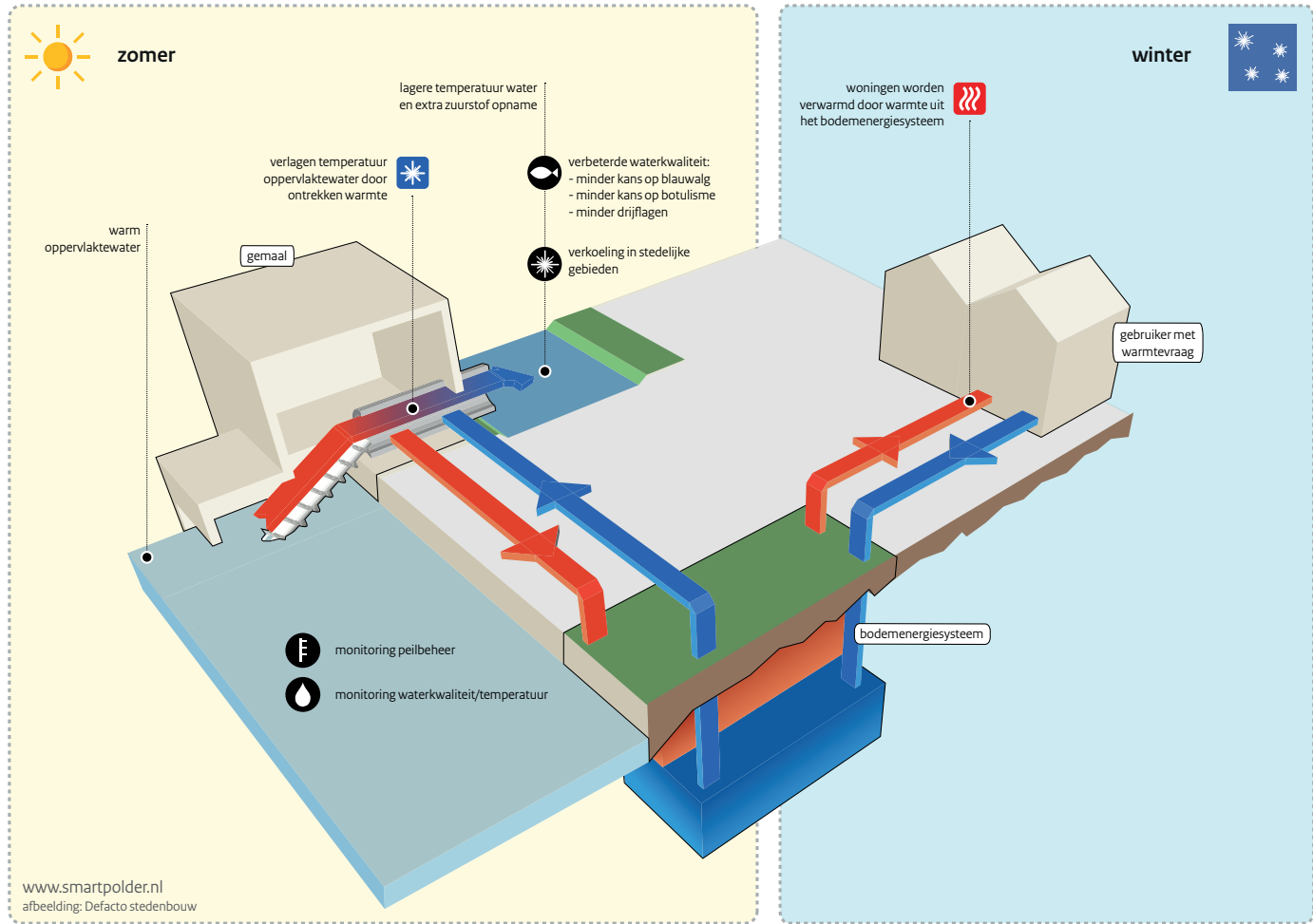
Een waterschap kan de volgende checklist hanteren bij de juridische beoordeling van de productie en levering van warmte:

- 1) Produceert het waterschap warmte?
- 2) Zo ja, wenst het waterschap de warmte te leveren aan derden?
- 3) Zo ja, valt deze warmtelevering onder de reikwijdte van de Warmtewet?
- 4) Zo ja, is er sprake van levering van warmte aan kleinverbruikers? In dat geval moet het waterschap voldoen aan de verplichtingen van de Warmtewet die gelden voor leveranciers van warmte. Voor levering van warmte aan kleinverbruikers onder de reikwijdte van de Warmtewet is een vergunning vereist, tenzij er sprake is van kleinschalige levering van warmte.



Smartpolder TEO, TEA en TED

Warmtegemeen NL vector



Een aantal andere juridische aspecten

Hoofdstuk 9



Smart polder Vathorst Amersfoort: Warmte uit het kanaal de Laak voor diverse appartementen, het systeem staat parallel aan een gemaal en houdt het water peil van de wijk op niveau in de zomer.

9.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn de juridische onderwerpen beschreven die op basis van een eerdere inventarisatie in 2014 als meest relevante rechtsgebieden zijn aangemerkt voor de juridische handreiking. Naast deze juridische onderwerpen zijn er uiteraard nog veel meer andere relevante juridische aspecten, die niet of nauwelijks zijn toegelicht in de handreiking. Onderstaand volgen een aantal juridische onderwerpen, in willekeurige volgorde, die voor de praktijk van het produceren en leveren van duurzame energie en grondstoffen ook een rol kunnen spelen. Het betreffen met name aspecten waarover een waterschap van tevoren, bijvoorbeeld als onderdeel van een op te stellen business case, een beeld moet krijgen en welke beheersingsmaatregelen in de betreffende situatie mogelijk of wenselijk zijn.

9.2 Productaansprakelijkheid

Ten behoeve van het door waterschappen leveren van duurzame energie of grondstoffen aan derden zal een overeenkomst gesloten worden met daarin opgenomen de rechten en plichten van de contractspartijen en verwijzing naar de geldende algemene voorwaarden. Indien een waterschap echter niet de juiste kwaliteit levert, of iets levert dat niet voldoet aan de (technische) verwachtingen van de afnemer, dan kan de afnemer bijvoorbeeld – afhankelijk van wat er in de overeenkomst en/of algemene voorwaarden is opgenomen – de overeenkomst opzeggen als er een redelijke opzegtermijn in acht is genomen²⁵⁰). Ook kan de afnemer de overeenkomst

²⁵⁰⁾ In overeenkomsten wordt ook vaak gesproken van ‘annuleren’ of ‘beëindigen’.

ontbinden op grond van het Burgerlijk Wetboek²⁵¹⁾ indien het waterschap te kort geschoten is en de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt. Een afnemer kan verder ook een schadeclaim indienen bij de burgerlijke rechter vanwege gevolgschade door het gebrekkige product.

9.3 Intellectueel eigendom

Waterschappen zijn in het kader van efficiëntie, duurzaamheid en circulaire economie veelvuldig op zoek naar nieuwe ‘methoden, technieken en machines’ om deze beleidsdoelen concreet te maken. Hierbij is het van belang dat een waterschap van tevoren al nadenkt over het intellectueel eigendomsrecht (IE-rechten; hieronder vallen bijvoorbeeld: auteursrecht, octrooirecht, modellenrecht, merkenrecht, handelsnaamrecht en databankenrecht), hoe zij deze (eventueel met andere waterschappen of in samenwerking met private bedrijven gezamenlijk) wil beschermen tegen inbreuken en op welke (betaalde) wijze een waterschap als ‘(mede)bedenker’ er de vruchten van plukt²⁵²⁾. Dit vergt specifieke kennis en ervaring van IE-rechten en het contractenrecht. Ook moet een waterschap erop bedacht zijn dat zij zelf geen inbreuk maakt op andermans intellectueel eigendomsrecht.

9.4 Crisis- en herstelwet

In de Crisis- en herstelwet (Chw) is bepaald dat, na aanwijzing bij Amvb, bij wege van experiment kan worden afgeweken van bijvoorbeeld de Elektriciteitswet - voor zover dat geen gevolgen heeft voor de opbrengst van de energiebelasting -, de

Warmtewet, en een aantal andere wetten in het ruimtelijke- en milieudomein. Het experiment moet bijdragen aan innovatieve ontwikkelingen en voldoende aannemelijk moet zijn dat uitvoering ervan bijdraagt aan het bestrijden van de economische crisis en aan duurzaamheid. In de Amvb wordt vervolgens vastgelegd welke afwijking of afwijkingen van welke wet of wetten is of zijn toegestaan en de maximaal toegestane tijdsduur van die afwijking of afwijkingen. Dit juridische kader lijkt voor de productie en levering van duurzame energie en grondstoffen kansen te bieden. Men moet wel in de gaten houden dat de procedure van een Amvb een lange adem vergt. De instroom van duurzame innovatieve projecten in het kader van de Chw is overigens de laatste jaren gestegen²⁵³⁾.

9.5 Grondzaken

Waterschappen hebben de beschikking over veel gronden. Indien een duurzaam initiatief op de gronden van het waterschap gerealiseerd kan worden door een derde partij (bijvoorbeeld het plaatsen van windturbines op gronden van het waterschap), is het van belang op welke wijze deze gronden ingezet kunnen worden. Het waterschap kan bijvoorbeeld een recht van opstal laten vestigen, erfpacht uitgeven of de gronden verhuren of verkopen. Elk van deze opties kent een eigen juridisch regime in het Burgerlijk Wetboek. Het waterschap zal de keuze voor een of meerdere opties van tevoren nader moeten onderzoeken omdat naast het Burgerlijk Wetboek ook nog bijvoorbeeld fiscale zaken, het staatssteunrecht, aanbestedingswet en wetgeving in het ruimtelijk domein kunnen gelden²⁵⁴⁾.



Energiefabriek Tilburg,
Waterschap De Dommel

251) Zie artikel 6:265 en verder Burgerlijk Wetboek.

252) De Nereda®-technologie in licentie is daar een goed voorbeeld van.

253) Zie 'Praktijkervaringen Crisis- en herstelwet, Voortgangsrapportage 2014-2015', Ministerie van IenM (december 2015).

254) Zie ook bijvoorbeeld de Handreiking juridische mogelijkheden voor het ondersteunen van coöperaties bij het verkrijgen van locaties voor duurzame energieopwekking, in opdracht van Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (1 november 2016).

Case- beschrijvingen

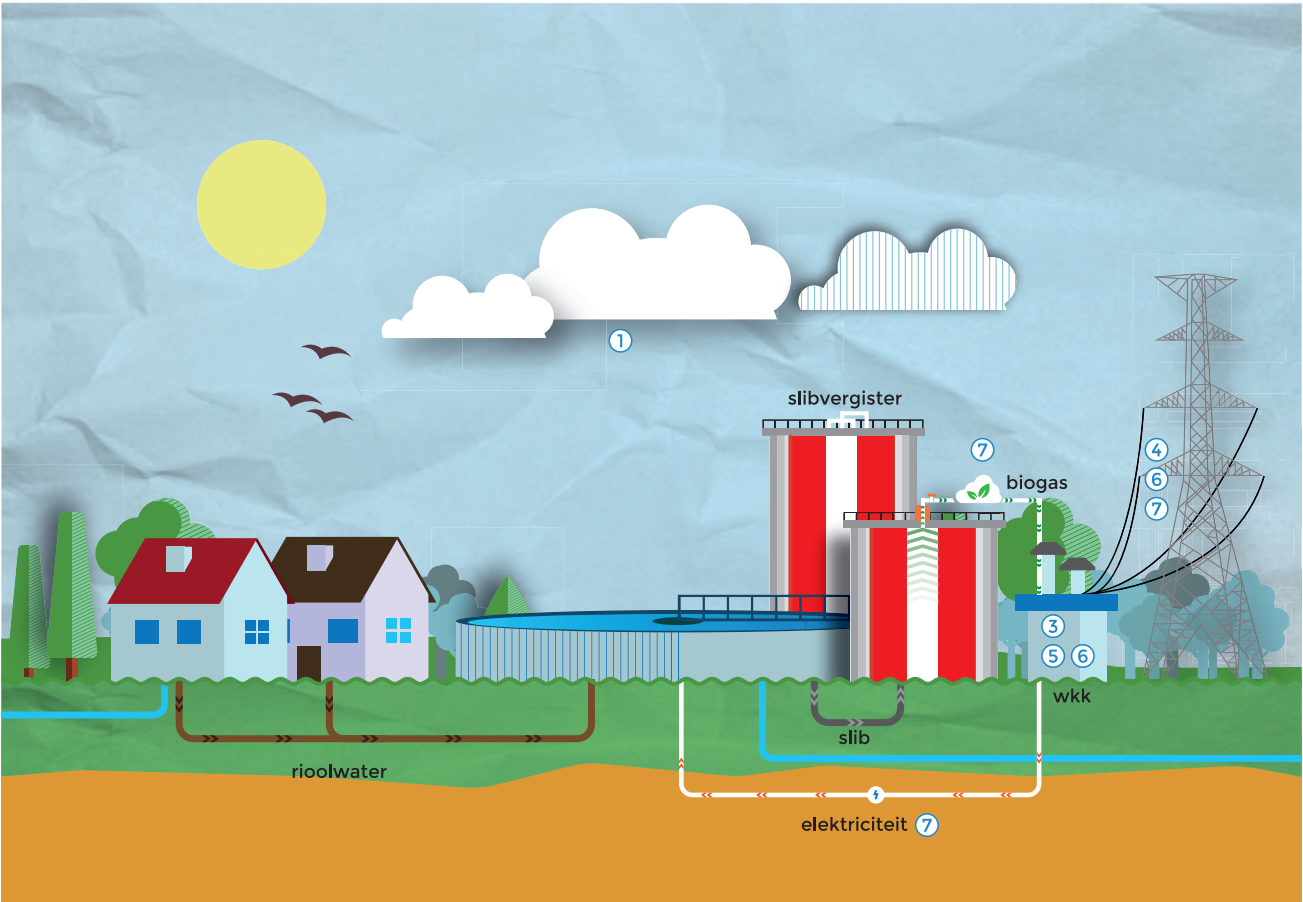
Hoofdstuk 10



Inleiding

In dit hoofdstuk worden een aantal fictieve voorbeeldcases besproken aan de hand van de juridische hoofdstukken uit deze handreiking. In de praktijk zijn er uiteraard veel meer cases mogelijk, maar deze voorbeeldcases dienen ter illustratie van het juridische landschap bij de productie en levering van energie en grondstoffen.

CASE 1 Energiefabriek



- | | |
|--|--|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Verstrekken opdracht boven aanbestedingsdrempels</i></p> <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Waterschap is onderneming
Hoogte van de prijs</i></p> <p>5 Samenwerking rechtsvormen
<i>Privaatrechtelijke constructie</i></p> | <p>6 Fiscaal recht
<i>Overheid of btw-ondernemer
Nijverheidsbedrijf
Bij levering overschotten ontstaat energie-belastingplicht</i></p> <p>7 Energierecht
<i>Markt is liberaal
Terugleververgoeding</i></p> |
|--|--|

Achtergrond

Het waterschap kan door slibvergisting biogas produceren. In een warmtekracht koppeling (WKK) kan dit biogas worden omgezet in elektriciteit.

Businesscase

De businesscase van het waterschap bestaat uit een aantal elementen:

- Samenwerking met een onderneming om een WKK te installeren en te onderhouden.
- Productie van voldoende elektriciteit om de waterzuivering te voorzien in de eigen energiebehoefte.

- Eventuele tijdelijk overschotten (pieken) worden geleverd aan het elektriciteitsnet, hiervoor wil het waterschap samenwerken met een elektriciteitsleverancier en beoogt het een vergoeding te ontvangen.

Toelichting

Wettelijke taken

De drie elementen van deze casus leveren wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen belemmeringen op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de zuiveringstaak van het waterschap. Zij beogen via een lagere energienota kostenbesparingen te realiseren en zijn daarmee ingegeven vanuit doelmatigheidsoverwegingen. De samenwerking met een onderneming is een volstrekt acceptabele en normale zaak en ook de teruglevering van eventuele overschotten aan het elektriciteitsnet is toegestaan. Al met al passen de elementen van de casus ook volledig binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen. Zij roepen dan ook geen enkele juridische belemmering op.

Aanbestedingswet- en regelgeving

In deze casus moet voor een aantal elementen rekening worden gehouden met de aanbestedingswet- en regelgeving. In de eerste plaats zou voor de installatie en het onderhoud van de WKK een onderneming kunnen worden ingeschakeld door deze hier een opdracht voor te verstrekken. De kosten voor de nieuwbouw van een dergelijke installatie liggen waarschijnlijk al boven de aanbestedingsdrempels. Omdat installatie en het onderhoud als één opdracht in de markt worden gezet, moeten de kosten ervan bij elkaar worden opgeteld om te toetsen of deze boven de aanbestedingsdrempel uitkomen. De nieuwbouw wordt gezien als 'werk' zoals bedoeld in de Aanbestedingswet en de bijbehorende aanbestedingsdrempel is € 5.225.000.

Blijft de opdracht onder de drempel, dan hoeft deze niet door middel van een Europese aanbestedingsprocedure te worden aangevraagd. Wel moet worden voldaan aan de Gids Proportionaliteit, die criteria stelt als het aantal uit te vragen offertes, transparantie van de procedure, proportionaliteit van de eisen, et cetera. In veel gevallen is afwijken hiervan mogelijk, mits goed onderbouwd.

Komt de opdracht boven de drempel dan moet deze door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de markt gezet worden. Ook wanneer het waterschap nauwer wil samenwerken met de onderneming, bijvoorbeeld door hier gezamenlijk een rechtspersoon voor op te richten (publiek-private samenwerking), zal deze samenwerking moeten worden aanbesteed.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Staatssteun zal in deze casus slechts van toepassing zijn wanneer een niet marktconforme prijs, dus ofwel een te hoge prijs wordt betaald aan de onderneming die de WKK installeert en onderhoudt, ofwel wanneer een te lage prijs wordt gevraagd aan

de elektriciteitsleverancier voor de teruglevering op het net. Beide situaties kunnen worden voorkomen door de prijs te laten bepalen door een aanbestedingsprocedure of door een marktonderzoek.

Het mededingingsrecht kan van toepassing zijn op de teruglevering op het net. Het waterschap oefent hier namelijk een economische activiteit uit (brengt een dienst of een goed op de markt), die ook door een particuliere onderneming zou kunnen worden uitgeoefend, met het oog op het maken van winst.

Nu het waterschap voor deze activiteit wordt gezien als onderneming, moet voldaan worden aan de mededingingswetgeving. Afspraken die de mededinging verhinderen, zijn niet toegestaan. Zo mag het waterschap niet samen met de elektriciteitsleverancier de prijs bepalen waartegen een derde de elektriciteit kan kopen van ofwel het waterschap ofwel de elektriciteitsleverancier.

Samenwerking en organisatievormen

In deze casus kan het beste gekozen worden voor een privaatrechtelijke constructie om samen te werken en de WKK te realiseren. Het waterschap kan een joint venture oprichten met het bedrijf, maar zou ook een PPS-constructie kunnen aangaan. Bij het aantrekken van een marktpartij die deelneemt in de onderneming, is het aanbestedingsrecht van toepassing. Gaat deze nieuwe onderneming activiteiten verrichten die aanbesteed hadden moeten worden, dan moet de marktpartij - die gaat deelnemen in die onderneming - worden geselecteerd door middel van een aanbestedingsprocedure. Een waterschap kan dus niet zo maar een marktpartij kiezen voor participatie aan een gezamenlijke onderneming.

Omzetbelasting

Voor de btw is het allereerst van belang om vast te stellen in welke hoedanigheid het waterschap optreedt: als btw-ondernemer of als overheid/niet btw-ondernemer. Voor zover het waterschap de WKK gaat gebruiken voor de productie van elektriciteit om de waterzuivering te voorzien in de eigen energiebehoefte, treedt het op als overheid. Hierdoor is de toerekenbare inkoop-btw op bijvoorbeeld de aanschaf c.q. huur en het beheer en onderhoud van de WKK niet aftrekbaar. De inkoop-btw vormt dan ook een kostenpost. Voor zover het waterschap de energie, die wordt opgewekt met de WKK, echter gaat terugleveren aan het elektriciteitsnet, treedt het waterschap op als btw-ondernemer. Gevolg is dat het waterschap aan de energieleverancier 21% btw in rekening dient te brengen en moet voldoen aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte). Daar staat tegenover dat het waterschap de inkoop-btw toerekenbaar aan deze btw-belaste leveringen in aftrek mag brengen.

Aangezien het waterschap de WKK voor zowel overheidsactiviteiten als voor btw-ondernemersactiviteiten gaat gebruiken, zal het bij aanschaf een verdeling moeten maken met betrekking tot de inkoop-btw. Een deel van de inkoop-btw komt immers voor aftrek in aanmerking (deel toerekenbaar aan de btw-belaste levering van energie) en een deel vormt een kostenpost (deel toerekenbaar aan eigen gebruik). Volgens de staatssecretaris kan op deze verdeling van de inkoop-btw bij aanschaf niet meer worden teruggekomen. Mocht het btw-belaste gebruik in de jaren na aanschaf toenemen, bestaat er volgens hem geen aanvullend recht op aftrek. Daalt

het btw-belaste gebruik daarentegen, dan bestaat er tot en met het vierde jaar na het jaar van aanschaf een terugbetalingsverplichting (op basis van de herzieningsregeling voor roerende zaken). Mocht het waterschap de WKK niet aanschaffen maar huren, dan wordt deze problematiek voorkomen. Bij huur kan immers jaarlijks de aftrek conform het gebruik (overheid/btw-belast ondernemer) in aftrek worden gebracht. Hetzelfde geldt voor exploitatie- en onderhoudskosten.

Vennootschapsbelasting

Op grond van de huidige wetgeving is het relevant te constateren dat het waterschap met deze activiteiten een nijverheidsbedrijf uitoefent. Het wordt daarmee belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. De onderneming binnen het waterschap die deze activiteiten ontplooit, zal dan een zogeheten openingsbalans moeten opstellen. Welke activa moeten worden geëtiketteerd als ondernemingsvermogen? De aanschaf van de slibvergistingsinstallatie en de WKK zullen deel gaan uitmaken van het nijverheidsbedrijf. Afhankelijk van de mate waarin het nijverheidsbedrijf in staat zal zijn om jaarlijks winst te behalen, leidt de belastingplicht tot een materiële heffingslast. Onafhankelijk van de vraag of er winst wordt behaald, leidt de belastingplicht tot de verplichting jaarlijks een aangifte vennootschapsbelasting te verzorgen.

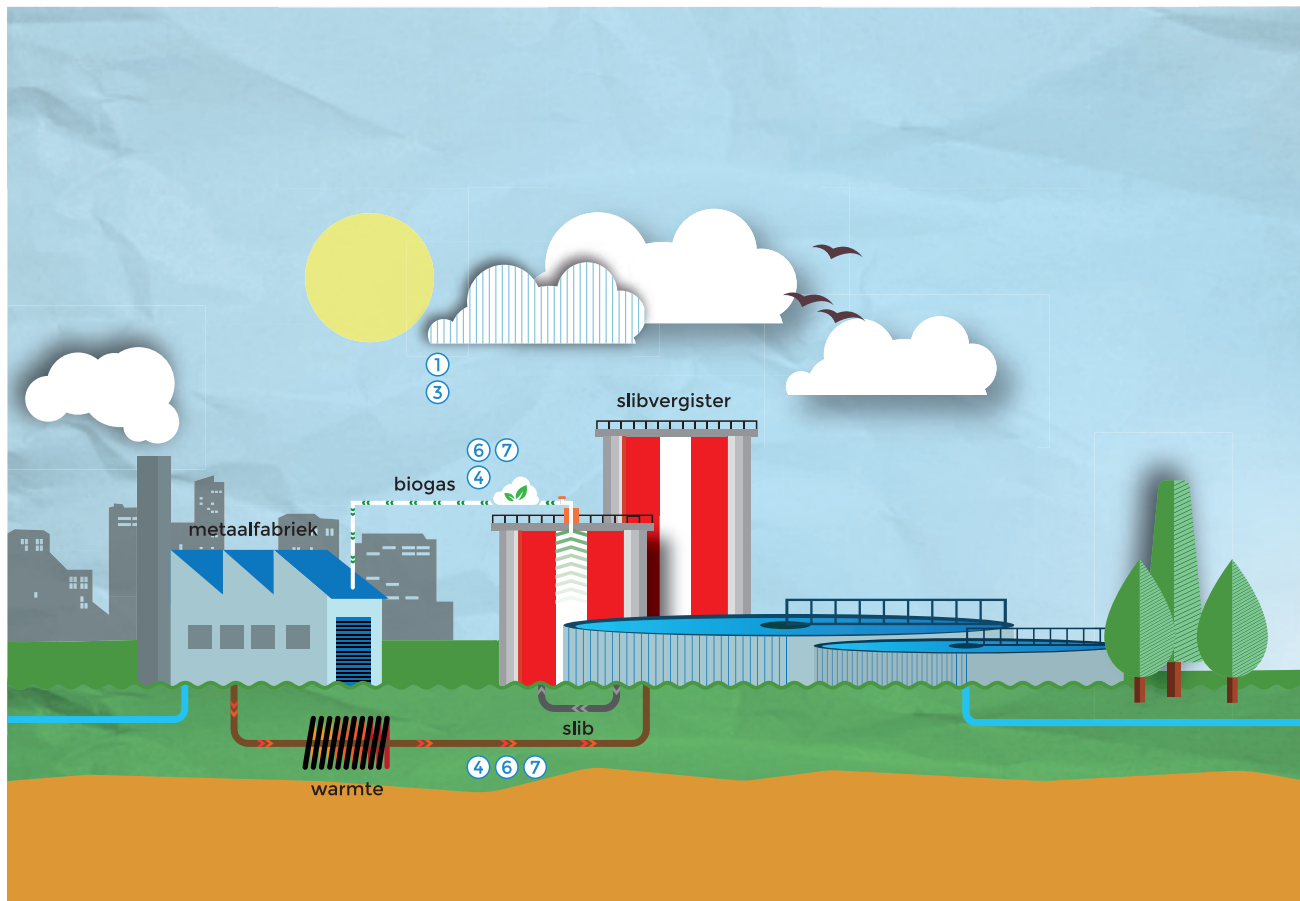
Energiebelasting

Slibvergisting leidt veelal tot de productie van zuiver biogas. Indien en voor zover het gebruik van dit biogas door het waterschap, al dan niet na omzetting daarvan in elektriciteit uitsluitend voor eigen gebruik plaatsvindt, ontstaat geen belastingplicht voor de energiebelasting. Zodra overschotten worden geleverd aan verbruikers, verandert dit en ontstaat wel belastingplicht. In de veronderstelling dat de elektriciteitsleverancier een zogeheten energiedistributiebedrijf betreft, is in die partner geen verbruiker te onderkennen. Levering aan deze partner leidt niet tot belastingplicht.

Energiewet- en regelgeving

De markt van de productie van biogas is liberaal. Dit betekent dat het waterschap de vrijheid heeft te bepalen of het gas wil produceren, waar het dit wil produceren en aan welke partijen het dit eventueel wil verkopen. Het waterschap wenst elektriciteit op te wekken door het biogas in een WKK om te zetten in elektriciteit. De zelf opgewekte elektriciteit wordt in eerste instantie door het waterschap zelf gebruikt. Daartoe moet de opgewekte elektriciteit eerst door middel van een omvormer worden omgevormd van gelijkstroom naar wisselstroom. Het waterschap kan de elektriciteit die het produceert maar niet zelf gebruikt (overschot) terug leveren aan het elektriciteitsnet. Hiervoor kan het waterschap een terugleververgoeding krijgen. Het waterschap dient de elektriciteit te verkopen aan een PV-partij, via een leverancier. Daartoe moet het waterschap aan het energiebedrijf alsmede aan de netbeheerder doorgeven dat het wil gaan terug leveren.

CASE 2 Warmtelevering voor het zuiveringsproces



- | | |
|--|--|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Publiek-private samenwerking (PPS)</i></p> <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Marktconforme prijs</i></p> | <p>6 Fiscaal recht
<i>Levering is belast met btw
Vennootschapsbelasting
Aangifte energiebelasting</i></p> <p>7 Energierecht
<i>Warmtewet
Kleinverbruik of zakelijk
Wetgeving biogas is in beweging</i></p> |
|--|--|

Achtergrond

Een restproduct van de metaalfabriek is warmte. Momenteel wordt met deze warmte niets gedaan. De metaalfabriek is op zoek naar efficiënter (en daarmee winstgeverder) toepassingen van dit restproduct. De Metaalfabriek heeft het waterschap benaderd en gevraagd of het waterschap de warmte zou willen afnemen en gebruiken voor het zuiveringsproces. Het waterschap ziet een kans om haar zuiveringsproces te verduurzamen en het efficiënter (en daarmee goedkoper) te organiseren.

Businesscase

Gezamenlijk stellen de metaalfabriek en het waterschap een businesscase op, met de volgende elementen:

- Om de warmte te leveren en de infrastructuur te beheren, richten de metaalfabriek en het waterschap een rechtspersoon op.

- De rechtspersoon koopt de warmte van de metaalfabriek en verkoopt deze aan het waterschap.
- De metaalfabriek en het waterschap betalen beide een fee aan de rechtspersoon voor het onderhoud aan de benodigde infrastructuur.
- Door het gebruik van warmte voor het zuiveringsproces wordt minder biogas gebruikt. Het overschot aan biogas wordt verkocht aan de metaalfabriek.

Toelichting

Wettelijke taken

De vier elementen van deze casus leveren wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen belemmeringen op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de zuiveringstaak van het waterschap en zijn ingegeven vanuit overwegingen van doelmatigheid en duurzaamheid. Door kostenbesparingen kan het waterschap zijn taak goedkoper verrichten. Aangezien het waterschap vrij is om privaatrechtelijk op te treden en bijvoorbeeld samen met een private partij een bedrijf op te richten, levert dat evenmin belemmeringen op. Wel zullen daarbij zo nodig de mededingingsrechtelijke aspecten in acht moeten worden genomen.

Aanbestedingswet- en regelgeving, samenwerking en rechtsvorm

Op een publiek-private samenwerking (PPS) is ook de aanbestedingswet- en regelgeving van toepassing. Dit betekent dat het waterschap niet zomaar een rechtspersoon kan oprichten met de metaalfabriek en niet zomaar met de rechtspersoon een overeenkomst kan sluiten voor de levering van warmte. Beide relaties moeten worden aanbesteed. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat in een dergelijk geval één aanbestedingsprocedure voldoende is, wanneer hierin zowel de oprichting van de rechtspersoon als de levering van warmte aan het waterschap wordt verwerkt.

Staatssteun, mededinging, markt & overheid

Het staatssteunrecht kan van toepassing zijn wanneer het waterschap de metaalfabriek bevoordeelt, ofwel via de rechtspersoon, ofwel via de verkoop van biogas. Wanneer het waterschap ervoor zorgt altijd een marktconforme prijs te betalen aan of te ontvangen van de metaalfabriek, wordt langs die weg verboden staatssteun voorkomen.

Door biogas te verkopen aan de metaalfabriek, is het waterschap voor die activiteit een onderneming, als bedoeld in het mededingingsrecht, namelijk een leverancier van biogas. Omdat het hier hoogstwaarschijnlijk slechts gaat om relatief hele kleine hoeveelheden biogas, zal de markt niet snel verstoord worden, waardoor het mededingingsrecht niet van toepassing is. Dit geldt niet voor de zogenaamde 'hard-core' afspraken, zoals prijsafspraken of een afspraak met een andere biogasleverancier dat hij niet aan de metaalfabriek zal leveren.

Omzetbelasting

In deze casus kwalificeert de rechtspersoon als btw-ondernemer, ongeacht de rechts-persoonsoort die wordt gekozen. De rechtspersoon gaat immers warmte leveren aan het waterschap en vraagt hiervoor een vergoeding. De levering van de warmte is belast met 21% btw. Daarnaast ontvangt de rechtspersoon een vergoeding (een fee van de metaalfabriek en van het waterschap) voor het onderhoud aan de benodigde infrastructuur. De fees zijn belast met 21% btw.

Ook de metaalfabriek treedt voor de levering van de warmte aan de rechtspersoon op als btw-ondernemer en dient 21% btw in rekening te brengen. Aangezien de rechtspersoon de warmte weer doorlevert met btw, kan hij de door de metaalfabriek in rekening gebrachte btw in aftrek brengen. Voor de rechtspersoon vormt de btw dan ook geen kostenpost. Wel zal hij aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte) moeten voldoen.

Het waterschap neemt de warmte in principe af als overheid. De warmte wordt immers gebruikt voor het zuiveringsproces. Gevolg is dat de btw die de rechtspersoon aan het waterschap in rekening brengt, niet voor aftrek in aanmerking komt (kostenpost). Bij de verkoop van het biogas aan de metaalfabriek treedt het waterschap daarentegen op als btw-ondernemer. Dit houdt in dat het aan de metaalfabriek 21% btw in rekening dient te brengen. De inkoop-btw toerekenbaar aan de levering van het biogas kan daarentegen wel in aftrek worden gebracht. Het waterschap zal voor zijn btw-ondernemersdeel uiteraard ook moeten voldoen aan de administratieve verplichtingen.

Vennootschapsbelasting

Afhankelijk van de rechtsvorm van de rechtspersoon zal sprake zijn van belastingplicht voor de vennootschapsbelasting. Aangezien de rechtspersoon een samenwerkingsverband (joint venture) tussen metaalfabriek en waterschap betreft, valt te veronderstellen dat het een rechtsvorm met een in aandelen verdeeld kapitaal betreft. Belasting- en aangifteplicht is dan aan de orde voor de vennootschapsbelasting. Hoewel de rechtspersoon een samenwerkingsverband betreft, zal de fee voor het onderhoud van de benodigde infrastructuur een zakelijke prijs moeten vormen; rechtspersoon, metaalfabriek en waterschap moeten 'at arm's length' handelen. Op termijn zal een zakelijke prijs dan leiden tot de afdracht van Vpb. De effectieve belastingdruk kan worden beperkt door gebruik te maken van fiscale faciliteiten en is mede afhankelijk van de mate waarin geïnvesteerd wordt in infrastructuur of waarin innovatie plaatsvindt door rechtspersoon.

Energiebelasting

De levering van warmte door metaalfabriek en rechtspersoon leidt niet tot het ontstaan van belastingplicht voor de energiebelasting. Energiebelasting wordt slechts geheven op aardgas en elektriciteit en niet op warmte. Het waterschap wil overtollig biogas verkopen en leveren aan de metaalfabriek. In de veronderstelling dat de metaalfabriek dit biogas als verbruiker geleverd krijgt, leidt deze verkoop en levering tot het ontstaan van belastingplicht voor het waterschap. Het waterschap zal dan maandelijks een aangifte energiebelasting moeten verzorgen. Het moet deze in rekening brengen aan de metaalfabriek en aan de hand van de uitgereikte energienota (voorschotnota) op aangifte moeten afdragen aan de Belastingdienst.

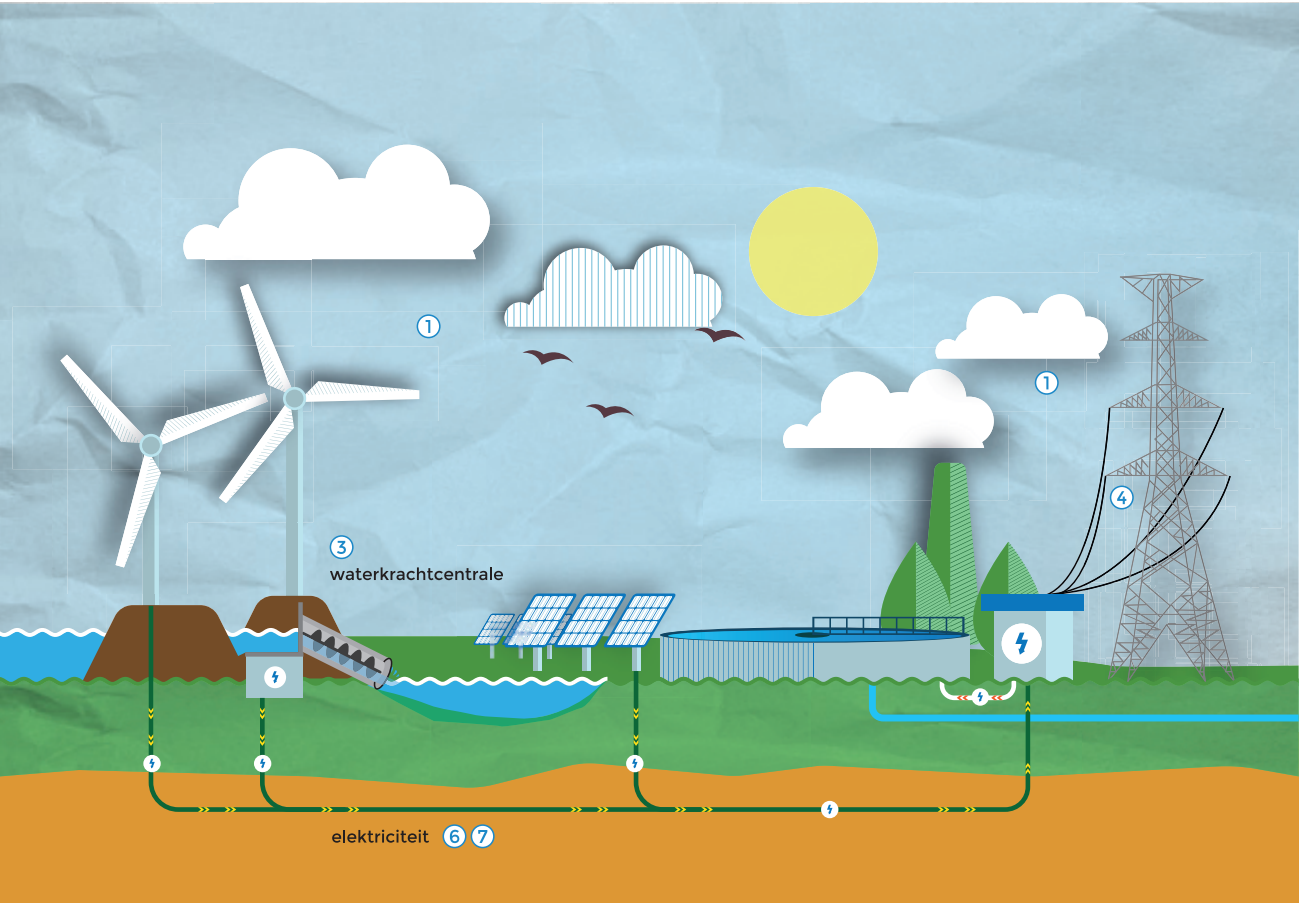
Energie wet- en regelgeving

Vastgesteld moet worden of deze levering van warmte door de rechtspersoon aan het waterschap valt onder het toepassingsbereik van de Warmtewet. De Warmtewet regelt uitsluitend de levering van warmte aan kleinverbruikers en niet de levering van warmte aan grootverbruikers. Kleinverbruikers in de zin van de Warmtewet betreffen natuurlijke personen die warmte afnemen ten behoeve van huishoudelijke doeleinden, zoals ruimteverwarming en sanitaire doeleinden en een aansluiting hebben van maximaal 100 kW. Levering van warmte aan de zakelijke afnemers met een aansluiting van meer dan 100 kW valt niet onder de reikwijdte van deze wet. Er wordt hier van uitgegaan dat het waterschap kwalificeert als grootverbruiker. Concreet betekent dit voor de levering van warmte aan het waterschap dat de rechtspersoon geen vergunning nodig heeft en in beginsel vrij is om een prijs te bepalen en voorwaarden te stellen aan de levering van warmte.

Het waterschap wenst het overschot aan biogas te verkopen aan de metaalfabriek. De markt van de productie van biogas is liberaal. Dit betekent dat het waterschap de vrijheid heeft te bepalen of het gas wil produceren, waar het dit wil produceren en aan welke partijen het dit eventueel wil verkopen. De regels voor het produceren van biogas zijn verspreid over meerdere richtlijnen en wetten. Het productieproces van de productie van biogas wordt niet geregeld in deze richtlijnen. Wel geeft deze regelgeving eisen ten aanzien van de gebruikte producten, bijvoorbeeld het verwerken van dierlijke bijproducten en afgeleide producten in biogas en compost. Ook is er specifieke wetgeving ten aanzien van het digestaat (het restproduct dat in de vergisters achterblijft).

De Gaswet is alleen van toepassing, indien het biogas voldoet aan de definitie van gas in de zin van de Gaswet; het biogas moet dan zijn opgewaardeerd tot groen gas. Bij toepasselijkheid van de Gaswet moet het waterschap, indien het groen gas wil invoeden in het net van een regionale of de landelijke netbeheerder, voldoen aan de eisen ten aanzien van de gaskwaliteit. Daarnaast moet het waterschap voldoen aan de door de ACM vastgestelde technische codes. Onder de Gaswet mag een waterschap zonder vergunning gas leveren aan grootverbruikers zoals de metaalfabriek. Een partij is een grootverbruiker als zij over een aansluiting beschikt met een capaciteit van meer dan 40 m³ per uur.

CASE 3 Productie elektriciteit op eigen terrein



- | | |
|--|---|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Quasi-inbesteden</i></p> <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Marktconforme prijs</i></p> | <p>6 Fiscaal recht
<i>Overheid of btw-ondernemer
Verdeling van de inkoop-btw
Geen nijverheidsbedrijf
Ook bij eigen gebruik: belastingplicht</i></p> <p>7 Energierecht
<i>Markt is liberaal
Ontheffing particulier net</i></p> |
|--|---|

Achtergrond

Het waterschap wil de grond die in zijn bezit is efficiënter gaan gebruiken. Het selecteert daarom delen van het terrein waarop installaties worden gebouwd om elektriciteit op te wekken. Sommige terreinen zijn beter geschikt voor zonnepanelen, andere voor windmolens en op weer andere terreinen kan door middel van waterkracht elektriciteit worden opgewekt. Omdat de terreinen van het waterschap verspreid liggen over een grote oppervlakte, kan niet alle geproduceerde elektriciteit direct aan onderdelen van het waterschap geleverd worden. Voor de levering sluit het waterschap een overeenkomst met een energieleverancier.

Businesscase

Het waterschap stelt een businesscase op die bestaat uit de volgende elementen:

- Het waterschap verstrekt een opdracht tot het plaatsen en onderhouden van zonnecollectoren op drie verschillende terreinen.
- Langs een dijk worden twee windmolens geplaatst; voor de installatie en het onderhoud wordt een opdracht verstrekt.
- Op een laatste terrein wordt een waterkrachtcentrale geplaatst door een besloten vennootschap, waarvan de aandelen allen in handen zijn van waterschappen en enkele gemeenten.
- Door middel van bovengenoemde installaties wordt meer energie opgewekt dan op de terreinen zelf door het waterschap wordt verbruikt. In zijn geheel verbruikt het waterschap echter meer elektriciteit dan het produceert.
- Met de energieleverancier van het waterschap wordt overeengekomen dat de teruglevering van elektriciteit op het net vanaf het ene terrein wordt gesaldeerd met het elektriciteitsverbruik op het andere terrein.

Toelichting

Wettelijke taken

De verschillende elementen van deze casus roepen wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen bezwaren op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de watersysteem- en zuiveringstaak van het waterschap en zijn ingegeven vanuit doelmatigheidsoverwegingen. Door de energieopwekking wordt via afspraken met het energiebedrijf de energienota verlaagd en worden aldus kosten bespaard. Per saldo blijft het waterschap echter afnemer van energie. De activiteiten vinden plaats op eigen waterschapsgrond en niet op gronden van particulieren. Het waterschap is gerechtigd om privaatrechtelijk op te treden en kan derhalve zelfstandig dan wel samen met andere publieke of private partijen een BV oprichten. De elementen van de casus passen ook volledig binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen.

Aanbestedingsrecht

Voor het plaatsen en onderhouden van zonnecollectoren en windmolens moet een Europese aanbestedingsprocedure worden doorlopen (ervan uitgaande dat de opdrachtwaarde boven de Europese drempelbedragen uitkomt). De aandelen van de vennootschap die de waterkrachtcentrale plaatst, zijn in handen van de waterschappen en enkele gemeenten. Het lijkt daarom mogelijk om de quasi-inbestedingsuitzondering toe te passen. Wanneer deze besloten vennootschap niet meer dan 80% van haar werkzaamheden uitvoert voor andere partijen dan haar aandeelhouders en de aandeelhouders alle overheidsinstellingen zijn, kan een opdracht waarschijnlijk direct aan deze vennootschap worden gegund.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Bij de teruglevering van energie moeten marktconforme tarieven worden gehanteerd, anders kan er sprake zijn van staatssteun. Dit kan worden opgelost door dit op te nemen in de aanbesteding van de energieleverancier, zodat deze kan worden geselecteerd op basis van de prijs-kwaliteitverhouding.

Omzetbelasting

Voor de btw dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het zelf opwekken van energie (met behulp van de zonnecollectoren en windmolens) en het door een derde - de BV - opwekken van energie (met behulp van de waterkrachtcentrale). Alleen bij het zelf opwekken van energie kan btw-ondernemerschap voor het waterschap om de hoek komen kijken.

Bij het zelf opwekken van energie is het van belang om allereerst vast te stellen in welke hoedanigheid het waterschap optreedt: als btw-ondernemer of als overheid/niet btw-ondernemer. Voor zover het waterschap de energie van de zonnecollectoren en windmolens gaat gebruiken om te voorzien in de eigen energiebehoefte, treedt het waterschap in principe op als overheid. Hierdoor is de toerekenbare inkoop-btw op de investeringen en het onderhoud van de zonnecollectoren en windmolens niet aftrekbaar. De inkoop-btw vormt dan ook een kostenpost. Voor zover het waterschap de energie die wordt opgewekt met de zonnecollectoren en windmolens, gaat terugleveren aan het elektriciteitsnet, treedt het op als btw-ondernemer. De omstandigheid dat de energieleverancier de teruglevering en het verbruik saldeert, is daarbij niet relevant. Gevolg is dat het waterschap aan de energieleverancier 21% btw in rekening dient te brengen en moet voldoen aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte). Daar staat tegenover dat het waterschap de inkoop-btw toerekenbaar aan deze btw-belaste leveringen in aftrek mag brengen.

Aangezien het waterschap de zonnecollectoren en de windmolens voor zowel overheidsactiviteiten als voor btw-ondernemersactiviteiten gaat gebruiken, zal het bij aanschaf een verdeling moeten maken met betrekking tot de inkoop-btw. Een deel van de inkoop-btw komt immers voor aftrek in aanmerking (deel toerekenbaar aan de btw-belaste levering van energie) en een deel vormt een kostenpost (deel toerekenbaar aan eigen gebruik). Volgens de staatssecretaris kan op deze verdeling van de inkoop-btw bij aanschaf niet meer worden teruggekomen. Mocht het btw-belaste gebruik in de jaren na aanschaf toenemen, bestaat er volgens hem geen aanvullend recht op aftrek. Daalt het btw-belaste gebruik daarentegen, dan bestaat er tot en met het vierde jaar na het jaar van aanschaf van de zonnecollectoren en tot en met het negende jaar na het jaar van aanschaf van de windmolens een terugbetalingsverplichting (op basis van de herzieningsregeling). Voor de exploitatie- en onderhoudskosten vindt de aftrek jaarlijks plaats, conform het gebruik (overheid/btw-belast ondernemer).

Bij het opwekken van energie door de BV met behulp van de waterkrachtcentrale kwalificeert de BV als btw-ondernemer. De BV zal voor de energie die zij levert aan het waterschap dan ook 21% btw in rekening moeten brengen en heeft volledig recht op aftrek. De btw vormt bij het waterschap - voor zover niet gebruikt voor btw-belaste activiteiten - evenwel een kostenpost. Btw-heffing vanuit de BV kan achterwege blijven indien het waterschap en de BV een fiscale eenheid vormen.

Hiervoor is onder andere wel noodzakelijk dat het waterschap minimaal 50% van de aandelen in de BV bezit met de daarbij behorende zeggenschap. Een andere mogelijkheid om btw-heffing te voorkomen, is om te onderzoeken of de BV gebruik kan maken van de koepelvrijstelling, dan wel dat gebruik kan worden gemaakt van de EDM/consortiumgedachte. Uiteraard hebben deze opties wel tot gevolg dat het recht op aftrek van btw bij de BV wordt beperkt of zelfs volledig wegvalt.

Vennootschapsbelasting

Omdat met de energieleverancier van het waterschap wordt overeengekomen dat gesaldeerd wordt met het elektriciteitsverbruik op alle terreinen, lijkt het pleitbaar dat door het waterschap geen onderneming wordt gedreven. Primair omdat zij met deze activiteit louter intern presteert en niet deelneemt aan het economisch verkeer. Van belastingplicht is dan geen sprake. Voor de BV geldt dat zij wél een onderneming uitoefent en dat belastingplicht bestaat. De productie of levering van elektriciteit uit waterkracht door de BV kan niet delen in een objectieve vrijstelling, ongeacht omstandigheid dat de aandelen allen in handen blijven van publiekrechtelijke rechtspersonen. De investering in een waterkrachtcentrale door een belastingplichtige BV kan wel leiden tot toepassing van investeringsfaciliteiten, waardoor de effectieve heffingslast wordt beperkt.

Energiebelasting

Per saldo wordt er geen elektriciteit geproduceerd of geleverd aan verbruikers. Wel vindt eigen gebruik plaats. Ook met eigen gebruik vindt een belastbaar feit plaats en ontstaat belastingplicht.

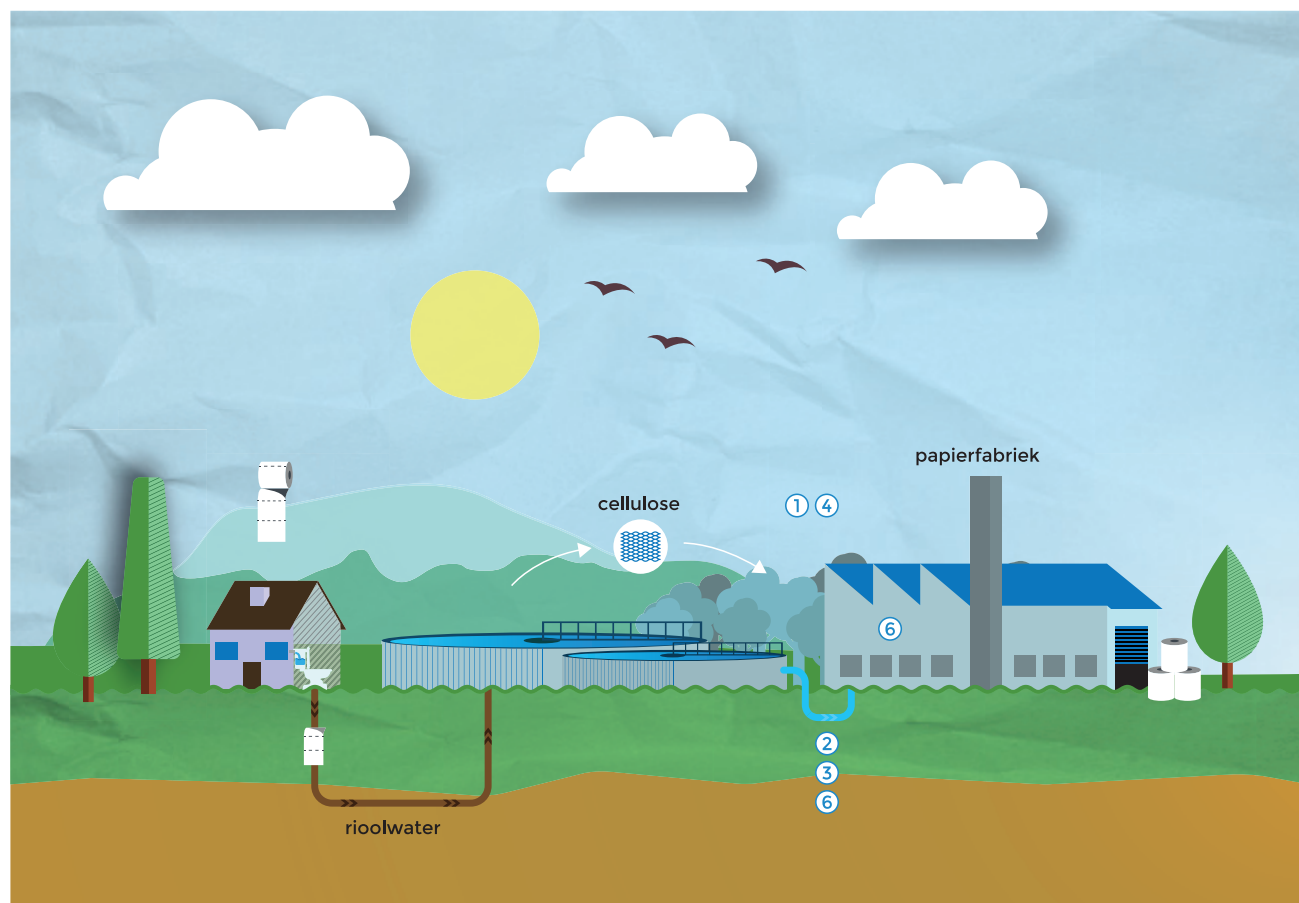
Energiewet- en regelgeving

De markt voor productie van elektriciteit is vrij. Het waterschap mag zelf elektriciteit produceren. Met de installaties wordt meer energie opgewekt dan op de terreinen zelf door het waterschap wordt verbruikt. In zijn geheel verbruikt het waterschap meer elektriciteit dan het produceert.

Uit de casus blijkt verder dat met de energieleverancier van het waterschap wordt overeengekomen dat de teruglevering van elektriciteit op het net vanaf het ene terrein wordt gesaldeerd met het elektriciteitsverbruik op het andere terrein. Saldering is echter alleen mogelijk voor kleinverbruikers, en niet voor grootverbruikers. Waterschappen zijn aan te merken als grootverbruikers. Het waterschap moet als grootverbruiker zelf contracten sluiten met de leverancier en de voorwaarden van (terug)levering van de resterende eigen opgewekte elektriciteit met deze leverancier overeenkomen.

Daarnaast zou het waterschap mogelijk in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing voor een particulier elektriciteitsnet. Deze ontheffing moet worden aangevraagd bij de ACM. Dat kan als er sprake is van 1) een gesloten distributiesysteem, waarbij een aantal afnemers en producenten is aangesloten op een afzonderlijk net; 2) een directe lijn, een elektriciteitslijn die een producent en een afnemer met elkaar verbindt om hun eigen vestigingen, dochterondernemingen en in aanmerking komende afnemers van elektriciteit te voorzien. Ontheffingen betreffen vaak technisch complexe verzoeken, waarvan de beoordeling de benodigde tijd vraagt. Om tijdig duidelijkheid te krijgen over de vraag of het waterschap in deze specifieke situatie in aanmerking komt voor een ontheffing, kan het raadzaam zijn vooraf met de ACM contact op te nemen.

CASE 4 Levering van gezuiverd water



- | | |
|--|--|
| <p>1 Wettelijke taken
<i>Geen belemmeringen</i></p> <p>2 Afvalstoffenwet- en regelgeving
<i>Lozen op oppervlaktewaterlichaam</i>
<i>Handleiding "afval of niet?"</i>
<i>Einde afvalfase besluit</i></p> <p>3 Aanbestedingswet- en regelgeving
<i>Aanbesteding gemengde opdracht</i></p> | <p>4 Staatssteun, mededinging, markt en overheid
<i>Marktconforme prijs</i></p> <p>6 Fiscaal recht
<i>Btw-onderneming</i>
<i>Kosten voor gemene rekening</i>
<i>Inkoop-btw</i>
<i>Investeringsfaciliteiten</i></p> |
|--|--|

Achtergrond

Normaliter wordt gezuiverd rioolwater door het waterschap geloosd in het oppervlaktewater. Naast het terrein van de waterzuivering wordt de papierfabriek gebouwd. De papierfabriek heeft veel industrieel water nodig voor de verwerkingsprocessen. Daarnaast heeft de papierfabriek interesse in de cellulose die uit het rioolwater wordt gezeefd.

Businesscase

Het waterschap stelt een businesscase op dat bestaat uit de volgende elementen:

- Bij de nieuwbouw van de papierfabriek wordt door de aannemer van de nieuwbouw ook een pijpleiding opgeleverd tussen de papierfabriek en de waterzuivering van het waterschap.

- De kosten van de pijpleiding worden verdeeld tussen de papierfabriek en het waterschap.
- Het waterschap verkoopt het gezuiverde rioolwater aan de papierfabriek, waardoor de fabriek hier eigenaar van en verantwoordelijk voor wordt.
- Ook de uit het rioolwater gezeefde cellulose wordt door het waterschap verkocht aan de papierfabriek.

Toelichting

Wettelijke taken

De verschillende elementen van deze casus roepen wat de wettelijke taken van het waterschap betreft geen juridische bezwaren op. De activiteiten vinden plaats in het kader van de zuiveringstaak van het waterschap. Door de verkoop van het gezuiverde rioolwater en de cellulose aan de papierfabriek verlaagt het waterschap zijn kosten en worden overal doelmatigheidsvoordelen gerealiseerd. Het staat het waterschap vrij om dergelijke afspraken met deze fabriek te maken. Dat de kosten van de pijpleiding gezamenlijk gedragen worden, is redelijk. Wel zullen bij deze afspraken de mededingingsrechtelijke regels voor ogen moeten worden gehouden. De elementen van de casus passen ook volledig binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen.

Afvalstoffenwet- en regelgeving

Vaak loost een rwzi het gezuiverde afvalwater op een oppervlaktewaterlichaam. Dit is toegestaan als het gezuiverde afvalwater voldoet aan de daarvoor geldende lozingeisen op grond van het Activiteitenbesluit en/of de voorschriften uit de omgevingsvergunning. Het te lozen afvalwater vormt een afvalstof.

Uit de casus blijkt dat de papierfabriek betaalt voor het gezuiverde afvalwater. Dit zou een aanwijzing kunnen zijn dat het water op het moment dat het de waterzuivering verlaat geen afvalwater meer is, maar een grondstof voor de productie van papier. Aan de hand van de webtoets “Afval of Grondstof” van RWS Leefomgeving, ministerie IenM, zou het waterschap samen met de papierfabriek onderzoek moeten doen om aan te tonen dat het gezuiverde water na afloop van het zuiveringsproces binnen de rwzi geen afvalstof meer is. Bij dit onderzoek zal onder meer aandacht moeten worden besteed aan de kwaliteitscriteria waaraan het gezuiverde water moet voldoen om door de papierfabriek als proceswater te kunnen worden gebruikt. Het eindresultaat, zo nodig getoetst door de Helpdesk Afvalbeheer van RWS, kunnen zij aan de betrokken bevoegde gezagen (voor rwzi respectievelijk inrichting Wm) voorleggen met het verzoek om een uitspraak einde-afvalfase met betrekking tot het gezuiverde water te nemen. Een dergelijke uitspraak maakt het voor het waterschap mogelijk om het gezuiverde water zonder bijkomende vergunning-, meldings- en registratieverplichtin-

gen op grond van de afvalstoffenwetgeving via de pijpleiding te leveren aan de papierfabriek. De papierfabriek mag dan het gezuiverde water zonder meer ontvangen.

Wanneer het bevoegd gezag (of beide betrokken bevoegde gezagen) het verzoek afwijst, moet het leveren van het gezuiverde water aan de papierfabriek in het licht van het afvalstoffenrechtelijke regime worden beschouwd. Concreet betekent dit dat het waterschap bij de afgifte van het gezuiverde water aan de papierfabriek en de papierfabriek bij de ontvangst daarvan aan alle daarvoor geldende verplichtingen uit hoofdstuk 10 Wm zullen moeten voldoen (meldingsplichten en een vergunning om afvalstoffen te mogen ontvangen).

Ook voor de levering van cellulose door het waterschap aan de papierfabriek blijkt een (kleine) markt te zijn. Dit zou een aanwijzing kunnen zijn dat de stof niet aangemerkt hoeft te worden als een afvalstof. Bij het aantonen van een markt voor cellulose zal echter meespelen dat de papierindustrie in algemene zin niet graag cellulose uit stedelijk afvalwater blijkt af te nemen vanwege herkomst en het bijbehorende imago van deze stof.

Niettemin zou het waterschap, samen met de papierfabriek, ook voor de teruggewonnen cellulose kunnen proberen aan te tonen dat dit na afloop van het bewerkingsproces binnen de rwzi het karakter van afvalstof heeft verloren. Dit onderzoek vindt op dezelfde wijze plaats als hiervoor beschreven en zal aan het bevoegd gezag (bevoegde gezagen) moeten worden voorgelegd met het verzoek om een einde-afvalfase uitspraak te doen met betrekking tot de teruggewonnen cellulose.

Wanneer het bevoegd gezag (of beide betrokken bevoegde gezagen) het verzoek afwijst, moet het leveren van de cellulose aan de papierfabriek in het licht van het afvalstoffenrechtelijke regime worden beschouwd. Dit heeft voor de verplichtingen van het waterschap en de papierfabriek dezelfde gevolgen als beschreven voor de levering van gezuiverd water in de hoedanigheid van afvalstof.

Aanbestedingswet- en regelgeving

Omdat de kosten van de pijpleiding gedeeltelijk worden vergoed door het waterschap, zou de aanleg van de pijplijn in beginsel moeten worden aanbesteed. Het hoofdonderwerp van de opdracht is echter de bouw van de papierfabriek. Omdat dit onderdeel niet aanbestedingsplichtig is (de opdracht wordt immers gegeven door een private onderneming die niet aanbestedingsplichtig is), kan men aannemen dat de aanleg van de pijpleiding ook niet aanbestedingsplichtig is.

Staatssteun, mededinging, markt en overheid

Voor de verkoop van zowel het gezuiverde rioolwater als de cellulose geldt dat dit dient te gebeuren met marktconforme prijzen. Wanneer het waterschap te weinig voor deze producten vraagt, zou de papierfabriek hier immers een voordeel van hebben ten koste van overheidsgeld (staatssteun).

Omzetbelasting

De papierfabriek kwalificeert zich in principe als btw-ondernemer; deze zal immers papier tegen vergoeding gaan verkopen. Bij de aanleg van de pijpleiding in opdracht van de papierfabriek rijst de vraag of de papierfabriek hiermee een prestatie aan het

waterschap verricht, waarvoor de doorbelasting van de kosten de vergoeding vormt. Dit is in beginsel het geval en de papierfabriek zal de kosten voor de aanleg van de pijpleiding dan ook met 21% btw bij het waterschap in rekening moeten brengen. Daar staat tegenover dat de papierfabriek de toerekenbare inkoop-btw volledig in aftrek kan brengen. De btw die de papierfabriek bij het waterschap in rekening brengt, komt bij het waterschap voor aftrek in aanmerking voor zover de pijpleiding wordt gebruikt voor btw-belaste prestaties.

Indien de verdeling van de kosten van de pijpleiding van tevoren vaststaat en de papierfabriek de kosten zonder winsttopslag doorberekent, zou evenwel ook gebruik kunnen worden gemaakt van het leerstuk van kosten voor gemene rekening. De papierfabriek hoeft in die situatie geen btw aan het waterschap in rekening te brengen. Daar staat echter tegenover dat de papierfabriek - voor zover zij de kosten van de aanleg van de pijpleiding aan het waterschap doorberekent - ook geen recht op aftrek heeft. De inkoop-btw toerekenbaar aan het deel dat het waterschap voor zijn rekening neemt, komt rechtstreeks bij het waterschap voor aftrek in aanmerking voor zover de pijpleiding wordt gebruikt voor btw-belaste prestaties.

Bij de levering van het gezuiverde rioolwater en de cellulose treedt het waterschap in principe op als btw-ondernemer. Er worden immers duurzaam, tegen vergoeding, goederen geleverd, waarbij het waterschap niet handelt binnen een specifiek voor het waterschap geldend juridisch regime. Het waterschap zal aan de papierfabriek dan ook btw in rekening moeten brengen (6% voor het water en 21% voor de cellulose). Daar staat tegenover dat het waterschap de inkoop-btw toerekenbaar aan de levering van het water en de cellulose in aftrek kan brengen. Uiteraard brengt het btw-ondernemerschap wel met zich mee dat het waterschap moet voldoen aan de administratieve verplichtingen (boekhouding, bewaarplicht en doen van btw-aangifte).

Vennootschapsbelasting

Het waterschap kan geacht worden een onderneming te drijven met deze activiteiten. Daarmee ontstaan belasting- en aangifteplicht. De (gezamenlijke) investering in de pijpleiding kan (naar rato) leiden tot toepassing van investeringsfaciliteiten, waardoor de effectieve heffingslast van het waterschap wordt beperkt.

Energiebelasting

Met de productie en levering van water en cellulose ontstaat geen belastingplicht.

CASE 5 Subsidie voor zonnepanelen

Het waterschap juicht de actie van de Stichting Zonnedaken om via gunstige contracten de installatie van zonnepanelen op daken van woningen te bevorderen vanuit duurzaamheidsoogpunt sterk toe. Het besluit de Stichting Zonnedaken een subsidie van € 500.000 toe te kennen, waardoor huiseigenaren nog gunstiger leveringscondities kunnen worden aangeboden. Tevens besluit het waterschap om samen met de stichting een leverings- en installatiebedrijf op te richten.

Toelichting

Het plaatsen van zonnepanelen op daken van woningen heeft, hoe positief ook, niets te maken met de wettelijke watersysteem- en zuiveringstaak van het waterschap. Het waterschap dient zich hier dan ook verre van te houden. Activiteiten in deze richting passen ook niet binnen de voorwaarden van de brief van de minister over de productie en levering van energie en grondstoffen door waterschappen. Zij vinden immers niet plaats in het kader van de wettelijke taken van de waterschappen. Verder mogen deze activiteiten ook niet worden gefinancierd uit de opbrengsten van de zuivering- en watersysteemheffing.

- 1** Wettelijke taken
Geen watersysteem- en/of zuiveringstaak

Bijlagen

BIJLAGE 1 Afwegingskader samenwerkingsvormen (Hoofdstuk 6 Samenwerking en organisatievormen)

	RECHTSVORM					
KENMERKEN	B.V. / N.V.	Stichting	Coöperatie	Vereniging	‘Gemeenschap- pelijke regeling’ openbaar lichaam	Joint Venture (JV) in vorm van B.V.
Doel	Statutair doel moet vastliggen	Statutair doel moet vastliggen	- Statutair doel moet vastliggen - Voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden krachtens overeenkomsten	Statutair doel moet vastliggen, mag niet zijn het voorzien in stoffelijke behoeften van de leden	Samenwerking met publieke partijen	Statutair doel moet vastliggen
Oprichting	Notariële akte en inschrijving in handelsregister	Notariële akte en inschrijving in handelsregister	Notariële akte en inschrijving in handelsregister en overeenkomsten met leden	Notariële akte en inschrijving in handelsregister	Door besluiten van deelnemende bestuursorganen	Notariële akte en inschrijving in handelsregister
Kapitaal bij oprichting vereist	B.V.: Nihil / N.V.: € 45.000	Nihil, maar altijd sprake van doelgebonden vermogen	Nihil	Nihil	Nihil	B.V.: Nihil
Winst	Winst aan aandeelhouders	Geen winstuitkering mogelijk, wel uitkering met ideële of sociale strekking.	Winstuitkering aan leden	Geen winstuitkering mogelijk	‘Terugstorting’ naar deelnemers	Winst aan aandeelhouders van JV.
Organen	- Bestuur / ‘directie’ - Aandeelhouder - Eventueel Raad van Commissarissen	- Bestuur ‘Contribuanten’ / aangeslotenen zonder bevoegdheden mogelijk	- Bestuur - Leden / ALV / Ledenraad	- Bestuur - Leden / ALV / Ledenraad - aangeslotenen zonder bevoegdheden mogelijk	- Algemeen Bestuur - Dagelijks bestuur - Voorzitter - Bestuurscommissies	- Bestuur / ‘directie’ - Aandeelhouder - Eventueel Raad van Commissarissen
Toezicht	RvC indien in statuten opgenomen	RvT/RvC indien in statuten opgenomen, anders Rechtbank / OM	ALV, statuten aanvullend RvC	ALV, statuten aanvullend RvC	AB op DB en ook vanuit deelnemers	RvC indien in statuten opgenomen
Aansprakelijkheid (bij schulden)	- Bestuur - Aandeelhouder alleen voor het deel van de inbreng	Bestuur	- Bestuur (oud) leden zijn gezamenlijk aansprakelijk voor tekort bij ontbinding, tenzij uitgesloten door BA (beperkte aansprakelijkheid) of UA (uitgesloten aansprakelijkheid) achter naam van coöperatie.	Bestuur	Deelnemers	- Bestuur - Aandeelhouder alleen voor het deel van de inbreng

	RECHTSVORM					
KENMERKEN	B.V. / N.V.	Stichting	Coöperatie	Vereniging	‘Gemeenschap- pelijke regeling’ openbaar lichaam	Joint Venture (JV) in vorm van B.V.
Zeggenschap	1 aandeel = 1 stem, maar bij B.V. kan statutair ‘flexibel stemrecht’; bijv. meervoudig stemrecht onafhankelijk van het aandelenbezit of geen stemrecht	Statutair (bestuurders)	1 lid = 1 stem, statuten kunnen aan bepaalde leden meer dan één stem toekennen	1 lid = 1 stem, tenzij statuten anders bepalen	In de tekst van de GR opgenomen	1 aandeel = 1 stem, maar bij B.V. kan statutair ‘flexibel stemrecht’; bijv. meervoudig stemrecht onafhankelijk van het aandelenbezit of geen stemrecht
Uittreding	Verkoop van aandelen	Statutair geregeld voor bestuur(ders)	- lid kan per direct opzeggen binnen een maand nadat een besluit is genomen, waarbij zijn rechten zijn verzwaaard; eventueel voorwaarden (uittreedgeld) verbonden aan opzegging - Door opzegging door de coöperatie zelf (bijv. lid voldoet niet aan vereisten die in statuten staan) of royement.	Statutair geregeld	In de tekst van de GR opgenomen	Verkoop van aandelen
Toetreders	Aandelen nemen (nieuw of overdracht) Nieuwe bestuurder	Uitbreiding bestuur	Toetreden leden Statuten: ook met anderen overeenkomsten aan te gaan; mag niet in een zodanige mate, dat de overeenkomsten met de leden slechts van ondergeschikte betekenis zijn.	- Toetreden leden - Uitbreiding bestuur	In de tekst van de GR opgenomen	Aandelen nemen (nieuw of overdracht) Nieuwe bestuurder

Trefwoordenregister

A

aanbestedende dienst 43, 50, 51
aanbestedingen 49, 51, 52, 53
Aanbestedingswet 48, 49, 50
afschrijvingsbeperkingen 117, 118
afvalstoffen 33, 34, 35. 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42
afzonderlijke rechtspersoon 107, 108, 116
algemene wettelijke taakopdracht 24
alleenrecht 54
Allen & Overy 22
als btw-ondernemer 90, 91, 92, 172, 176, 180
als niet btw-ondernemer 90, 91, 180
als overheid 93, 95
autonome vrijheid

B

bedrijfsvoeringsorganisatie 32, 79, 81
belastingplicht 90, 10-7, 108, 109, 110, 111
belastingrechter 20
biogas 122, 123,124, 126
biomassa 123, 127
biotickets 142
brede kijk 24
btw 79, 89, 90, 91
btw-aangifte 92, 93, 94
btw-belast detacheren van personeel 105
btw-compensatiefonds 99, 100, 105
btw-ondernemer 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 107
Build-Operate-Transfer-methodiek 55

C

cellulose 16, 28, 43
centrumconstructie 79, 80
commerciële activiteiten 22
coöperatie 82

D

DAEB. Zie dienst van algemeen economisch belang
de-minimis verordening 70, 71, 73
dienstbaar 22
dienst van algemeen en economisch belang 70
Diepdelverscommissie 27
doelmatig 26, 27
drinkwaterbedrijven 22
duurzaam / duurzaamheid 22, 23, 24, 26, 27, 85
duurzaamheidsoverwegingen 23

E

EDM/consortiumgedachte 90, 101, 104
effluentwarmte 157, 158
einde-afvalstadium 43
elektriciteitsnetten 55, 111, 132
energiebelasting 122
energieverbruiker 23
etiketteringsvraagstukken 115, 117, 118
experimenteerbepaling 29

F

financiering 29, 30, 65
fiscale eenheid 101, 102
fiscale reserves 117, 119

G

garanties van oorsprong 129, 130, 131, 132, 141, 144, 155
geen vergunningplicht 139
geen wettelijke belemmeringen 19, 22
gemeenschappelijke regeling 49, 50, 52, 53, 77, 78, 79, 80, 81, 83
gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam 52, 80
gemeenschappelijk orgaan 80
geoormerkte middelen 22
gesloten distributiesysteem 130
Gids Proportionaliteit 49, 51
grensoverschrijdend belang 47, 48
groen gas 28, 130, 145
groepsvrijstellingen 63, 69
Grondstoffen rwzi 35
grootverbruiker 129, 130, 137, 138
GVO. Zie garanties van oorsprong

H

haalbaarheid 35
Helpdesk Afvalbeheer van Rijkswaterstaat 183
herstructurering 105
hoedanigheden 90
holding 85, 102
holdingconstructie. Zie holding
hoofdvoorwerp 55, 56

I

inkoop-btw 89, 90, 92
Innovatiefaciliteiten 117, 120
Investeringsfaciliteiten 117, 119
invoeding 130, 133, 145, 146

K

kartelverbod 62, 65
kleinschalige levering van warmte 139, 160
kleinverbruikers 130, 131, 132, 138, 139, 143, 144, 146, 147, 151, 153, 155, 156, 158, 159, 161
koepelvrijstelling 90, 101, 103
kostenbesparingen 27
kostendekkend 30
kringlopen 23

L

Landelijk afvalbeheerplan 41
levering 22, 23

M

markt 21, 23,29, 30, 34, 35. 36, 38, 40, 42, 48, 51, 53. 54, 55, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 95, 113, 115, 130, 131, 137, 142, 148, 149, 152
marktactiviteiten 21, 30, 62
marktprijs 63, 676
minimumkapitaal 82
minister 19, 22, 23, 131, 135, 142, 158

N

netbeheerder 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 152, 154, 173
nijverheidsbedrijf 110
nuttige toepassingshandelingen 34, 37, 40

O

omgevingsvergunning 38, 149, 155
omzetbelasting 89, 90
onderneming 47, 51, 54, 55, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 83, 85, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 121, 118, 119
ondernemingsactiviteit 108, 109, 110, 111, 113, 115, 118
ondernemingsbelangen 85
onverbindend 30
openbaar aanbesteden 56
overheidsbedrijven 47, 58, 67
overheidsopdracht 48, 50
overheidstaken 78, 110, 111, 113, 114

P

papierindustrie 184
PPS 54, 58, 83,
Pragmatische lijn 110
predicaat van afvalstof 34, 35
programmaverantwoordelijke 138
programmaverantwoordelijkheid 137, 138, 178
publieke taak 22, 24, 67
publiekrechtelijke overeenkomsten 81
publiekrechtelijke rechtspersoon 114, 115
publiekrechtelijke varianten 79
publiekrechtelijk instellingen 49, 51, 106

Q

Quasi-inbesteden 52

R

randvoorwaarden 22, 23, 37
REACH 37, 41, 42, 43
RebelGroup 22
recht op aftrek 92
rechtspersoonlijkheid 49, 57, 77, 79, 80, 81, 114,
regeling zonder meer 79

S

SDE 143
secundaire grondstof 34
snoeiafvalverbranding 28
soevereiniteit van de staat
speciale-sectorbedrijf 51
staatsmiddelen 62, 64
stedelijk afvalwater 20, 29, 34, 35, 39, 40, 43
stemrecht 82, 85
steunverlener 64
stichting 78, 82
Stowa-rapport 22, 23, 24, 26, 29, 31
struviet 33, 35
surplus 27, 120, 138

T

tankstation 149, 150
terugleververgoeding 129, 137

U

uitvoering van de wettelijke taken 19, 22
Universiteit Utrecht 21

V

van rechtswege belastingplichtig 107
vennootschap 77, 84, 85, 86, 109, 116
vennootschapsbelasting 89, 107
verbranden 23
verbruiker 22
verbruiksbelasting 122
vereniging 82
vooraf melden bij de Europese Commissie 61
vrachtwagens 149

W

watersysteemheffing 20, 28
Webtoets Afval of Grondstof 34, 41, 42, 44
Wet markt en overheid 29, 62, 64, 67
Wet milieubeheer 37, 149, 153
wetsgeschiedenis 26
wetswijziging 26, 31
wettelijke beperking 82, 117
wettelijke taakstelling 21
Wet verontreiniging
oppervlaktewateren 24, 26
wijziging van de Waterschapswet en de Waterwet 22
Windmill-doctrine 24

Z

zuiveringsheffing 20, 21, 28

Berenschot

Berenschot is een onafhankelijk organisatieadviesbureau met 325 medewerkers wereldwijd. Al bijna 80 jaar verrassen wij onze opdrachtgevers in de publieke en private sector met slimme en nieuwe inzichten. We verwerven ze en maken ze toepasbaar. Dit door innovatie te koppelen aan creativiteit. Steeds opnieuw. Klanten kiezen voor Berenschot omdat onze adviezen hen op een voorsprong zetten.

Ons bureau zit vol inspirerende en eigenwijze individuen die allen dezelfde passie delen: organiseren. Ingewikkelde vraagstukken omzetten in werkbare constructies. Door ons brede werkterrein en onze brede expertise kunnen opdrachtgevers ons inschakelen voor uiteenlopende opdrachten. En zijn we in staat om met multidisciplinaire teams alle aspecten van een vraagstuk aan te pakken.

Berenschot Groep B.V.

Europalaan 40, 3526 KS Utrecht
Postbus 8039, 3503 RA Utrecht
030 2 916 916
www.berenschot.nl
 @berenschot_nl