

Stibbe advocatenassociatie
Central Plaza
Loksumstraat 25
1000 Brussel
België
T +32 2 533 51 56
F +32 2 533 51 19
www.stibbe.com

Onderzoek naar de financieel-juridische aspecten van een Energie Conversie Park

Frederik Vandendriessche^o, Wouter Geldhof^o
Stibbe cvba

Opdrachtgever: VITO NV

Datum: 15 januari 2013

Opdracht uitgevoerd binnen het Interreg IVa project 'EnergieConversiePark (ECP) voor de verwerking van lokale biomassastromen'.

Bijkomende publicaties van het ECP-project zijn te vinden onder: <http://www.ecp-biomassa.eu>

1	Inleiding	5
2	Executive Summary	5
3	Taak 1 - Samenwerkingsverbanden en contracten.....	10
	3.1 Samenbrengen van publieke en private partners	10
	(a) Algemeen	10
	(b) Contractuele samenwerking (PPS).....	12
	(c) Participatieve samenwerking (PPS)	12
	(d) Feitelijke samenwerking	12
	(e) Bijzondere voorwaarden wegens betrokkenheid publieke entiteiten	12
	(f) Voornaamste actoren in het kader van een ECP	14
	(g) Overwegingen bij de keuze van de samenwerkingsvorm	14
	(h) Toepassing op case Beerse/Merksplas	18
	3.2 Contracten tussen de verschillende actoren.....	18
	(a) Inputcontracten.....	19
	(b) Outputcontracten	19
	(c) Tolling contracten	19
	(d) Contracten tussen Energie Conversie Parken onderling, aanvoerders van grondstoffen onderling of afnemers van energie onderling.....	20
	(e) Toepassing op case Beerse/Merksplas	20
	3.3 Aanleg warmtenet/biogasnet	21
	(a) Diverse configuraties/archetypes	22
	(i) Warmtenet/biogasnet met 1 producent en 1 afnemer.....	22
	(ii) Warmtenet/biogasnet met 1 producent en meerdere afnemers ..	23
	(iii) Warmtenet/biogasnet met meerdere producenten en meerdere afnemers.....	24
	(b) Noodzakelijke contracten.....	26
	(c) Toepassing op case Beerse/Merksplas en case Lommel	28
	(i) Case Beerse/Merksplas	28
	(ii) Case Lommel	29
	(d) Injectie op het aardgas distributienet of vervoersnet.....	30
	(e) Pro memorie: productie van elektriciteit - directe lijnen.....	31
	3.4 Invulling van ontbrekende schakels/Realisatie van energie-efficiënties	32
4	Taak 2 - Juridische hindernissen bij het opzetten van een Energie Conversie Park	37
	4.1 Zakenrechtelijk statuut van een netwerk	37
	(a) Roerend/onroerend karakter	37
	(b) Eigendomsstatuut	38
	4.2 Administratief recht en domeinrecht	39
	(a) Domeinconcessie.....	39
	(b) Wet op het gebruik van het openbaar domein	39
	(c) Retributiebesluit	40

	(d)	KLIP/KLIM.....	40
	(e)	Gemeentedecreet	40
4.3		Toepasselijke energiewetgeving.....	41
	(a)	Toepasselijkheid van de Gaswet	41
		(i) Directe leiding.....	42
		(ii) Gesloten industrieel net.....	43
		(iii) Deel van het gewone aardgasvervoers- en -distributienetwerk..	43
		(iv) Alternatief: levering van minder dan één miljoen m ³ per jaar ...	44
	(b)	Toepasselijkheid van de Elektriciteitswet	45
	(c)	Toepasselijkheid van het Energiedecreet	45
	(d)	Wet op de elektriciteitsvoorziening.....	46
4.4		Stedenbouwkundige - en milieuvergunning	46
	(a)	Wetgeving betreffende ruimtelijke ordening	46
	(b)	Wetgeving betreffende milieuvergunningen	47
4.5		Overige relevante wetgeving	48
4.6		Niet-wettelijke juridische hindernissen	50
5		Taak 3 - Wijze voor het opzetten van aanbestedingsdossiers voor biomassa stromen	52
	5.1	Inleiding.....	52
	5.2	Wetgeving overheidsopdrachten en in het bijzonder (participatieve) PPS.....	53
		(a) Algemeen : keuze van de contractpartners door een aanbestedende overheid en de wetgeving overheidsopdrachten	53
		(b) PPS en wetgeving overheidsopdrachten.....	54
		(i) Algemeen	54
		(ii) Bijzondere overwegingen inzake participatieve PPS.....	58
		(c) Publiek-publieke samenwerking	66
		(i) Verticale / geïnstitutionaliseerde samenwerking – “inhouse” of “teckal”	67
		(ii) Horizontale / niet-geïnstitutionaliseerde samenwerking.....	70
		(iii) Andere.....	71
	5.3	Aanbestedingsregels & milieuoverwegingen: mogelijkheden inzake “duurzaam inkopen”	73
		(a) Het voorwerp en de technische specificaties.....	75
		(b) De selectiecriteria.....	77
		(c) Gunningscriteria.....	79
		(d) Uitvoeringsvoorwaarden	81
		(e) Besluit	82
	5.4	Besluit taak 3	83
6		Pro Memorie - Steunmechanismen.....	85
7		Bijlage 1: Vergelijkende matrix voor de hand liggende vennootschapsvormen.....	86
8		Bijlage 2: Overeenkomst betreffende de levering van biomassa	97
	8.1	Beschrijving.....	97

	8.2	Termsheet	99
9		Bijlage 3: Overeenkomst betreffende de levering van biogas.....	105
	9.1	Beschrijving.....	105
	9.2	Termsheet	106
10		Bijlage 4: Overeenkomst betreffende de levering van elektriciteit.....	112
	10.1	Beschrijving.....	112
	10.2	Termsheet	113
11		Bijlage 5: Overeenkomst betreffende de levering van stoom/warmte	119
	11.1	Beschrijving.....	119
	11.2	Termsheet	119
12		Bijlage 6: Tolling contract	125
	12.1	Beschrijving.....	125
	12.2	Termsheet	125

Disclaimer: onderhavig advies is voor rekening van Stibbe cvba. Aan de informatie kunnen geen rechten worden ontleend. De opdrachtgever aanvaardt geen enkele verantwoordelijkheid voor schade op welke manier dan ook ontstaan door gebruik, onvolledigheid of onjuistheid van de aangeboden informatie in dit rapport.

1 INLEIDING

Vijf Vlaamse en Nederlandse instellingen (de Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek of kortweg VITO, de Universiteit Hasselt, de Wageningen Universiteit en Research, de Hogeschool Zeeland en de Avans Hogeschool) voeren samen het project ‘Energie Conversie Parken’ (ECP) uit. Dit project heeft overeenkomstig het bestek als hoofddoel *“om, aan de hand van zo realistisch mogelijke case studies op verschillende locaties, te laten zien dat voor het nuttig inzetten van regionale biomassastromen een geïntegreerde aanpak energetisch en economisch gunstiger is dan ‘monodimensionale’ aanpakken die nu veelal gebruikelijk zijn”*.

De techno-economische analyse van het ECP-project wordt uitgevoerd door de diverse partners van het project. VITO verzocht Stibbe de juridische aspecten van een Energie Conversie Park uit te werken. Meer in het bijzonder formuleerde VITO vragen met betrekking tot de juridische mogelijke constructies voor een Energie Conversie Park en de bijbehorende samenwerkingsverbanden en contracten (Titel 3), de wettelijke hindernissen bij het opzetten van een Energie Conversie Park (Titel 4), en de wijze voor het opzetten van aanbestedingsdossiers voor biomassa stromen (Titel 5).

De specifieke, door VITO geformuleerde vragen zullen in de respectieve titels worden behandeld, alsmede enige andere, direct relevante vraag. In Titel 6 wijzen we nog op bestaande of geplande steunmechanismen die de financiële haalbaarheid van het project kunnen bevorderen.

2 EXECUTIVE SUMMARY

In deze executive summary wensen we op bondige wijze uw voornaamste vragen te beantwoorden. We maken echter het voorbehoud dat deze executive summary niet op zichzelf gelezen dient te worden, maar in samenhang met de rest van het memorandum.

- Hoe de (publieke en private) partners samen te brengen?

Er zijn, naast een feitelijke samenwerking tussen diverse partijen, grosso modo twee mogelijke samenwerkingsvormen te onderscheiden. Ofwel opteert men voor een louter contractuele samenwerkingsvorm waarbij de partijen op contractuele basis samenwerken rekening houdend met de onderling gemaakte afspraken, maar zonder de oprichting van een gezamenlijke rechtspersoon. Ofwel kiest men voor een zgn. ‘participatieve samenwerking’ waarbij er een gezamenlijke rechtspersoon wordt opgericht. Deze rechtspersoon kan een private rechtsvorm aannemen (zoals bijv. een NV, BVBA, CVBA etc.) of een publieke rechtsvorm krijgen. Daarnaast zijn er ook bepaalde mengvormen mogelijk. De keuze voor een bepaalde vorm van samenwerking zal gebaseerd zijn op een afweging van de verschillende voor- en nadelen van elke vorm van samenwerking;

Deze samenwerkingsvormen gelden ook zonder meer voor projecten van publiek-private samenwerking, waarbij men spreekt van resp. contractuele en participatieve PPS-projecten.

- Welke contracten zijn noodzakelijk om te relaties tussen de verschillende actoren te regelen?

In beginsel zal elke Beheerder van het Energie Conversie Park individuele overeenkomsten moeten afsluiten met hetzij aanvoerders van grondstoffen, hetzij afnemers van outputs. De typecontracten worden beschreven aan de hand van een termsheet. Het betreft inputcontracten voor de leveranciers van grondstoffen, outputcontracten voor de afnemers van biomassa, biogas, elektriciteit of stoom/warmte, en desgevallend tolling contracten waarbij een bepaalde partij grondstoffen aanlevert en deze na verwerking door de andere partij in de vorm van energie terug afneemt. Indien gewenst, kunnen deze contracten nog worden aangevuld met bepaalde specifieke contracten om bepaalde leemtes op te vangen;

- Welke contracten zijn voorts nodig voor de aanleg van een warmtenet/biogasnet?

Er zijn verschillende archetypes voor de juridische structurering van dergelijke netten denkbaar: (i) een net met 1 producent en 1 afnemer, (ii) een net met 1 producent en meerdere afnemers, (iiia) een net met meerdere producenten en meerdere afnemers en enkel een netbeheerder, en (iiib) een net met meerdere producenten en meerdere afnemers, en met een 'single buyer' en een netbeheerder. Enkel voor archetypes iiia en iiib zullen bijkomende contracten noodzakelijk zijn. Voor beide archetypes zal een aansluitings- en afnamecontract noodzakelijk zijn om de relatie tussen de netbeheerder (iiia)/de 'single buyer' (iiib) en de afnemers te regelen. Voor archetype iiib zal tussen de 'single buyer' en de netbeheerder een overeenkomst voor het gebruik van het net dienen te worden gesloten;

- Hoe kunnen ontbrekende schakels worden ingevuld en energie-efficiënties worden gerealiseerd?

Het meest aangewezen lijkt te werken via een ESCO – geïncorporeerde samenwerking / PPS. Deze ESCO - geïncorporeerde samenwerking / PPS zal de efficiëntie van het Energie Conversie Park zowel kunnen verhogen op het vlak van de infrastructuur, als op het vlak van de werking van het Energie Conversie Park (allocatie van energiestromen). In verband hiermee, herinneren we eraan dat de bedoeling van het Energie Conversie Park is om een multidimensionaal model op te zetten, waarbij energie ofwel meteen diverse bestemmingen krijgt (horizontale multidimensionaliteit), ofwel de reststromen van een bepaalde bestemming voor energie via een cascade-systeem ook andere bestemmingen kunnen dienen (verticale multidimensionaliteit of cascadering via hoogwaardige benutting van de grondstoffen). Het lijkt daarom ook interessant dat de ESCO – geïncorporeerde PPS nieuwe stakeholders zou kunnen bevragen, synergiën zou kunnen zoeken en contracten zou kunnen afsluiten met nieuwe partners. Aldus kan via reallocatie van energiestromen en/of gewijzigde bestemmingen van biomassa- en energiestromen de totale efficiëntie worden verhoogd;

- Wat is het zakenrechtelijk statuut van een netwerk?

Een netwerk wordt beschouwd als een onroerend goed. In beginsel zal de eigendom aan het netwerk aan de verschillende eigenaars van de erven waarover de leidingen/kabels lopen toekomen, elk voor hun erf. In het beste geval is er sprake van mede-eigendom. Aan deze eigendomsversplintering kan echter worden ontkomen door een horizontale eigendomssplitsing te bedingen (bv. een opstalrecht);

- Welke wetgeving (e.g. energiewetgeving) is toepasselijk en kan tot mogelijke juridische hindernissen leiden bij het opzetten van een Energie Conversie Park?

Voor wat het administratief recht en het domeinrecht betreft:

- o Zal het noodzakelijk zijn een domeinconcessie / -vergunning te bekomen voor het gebruik van het openbaar domein, openbare wegen en waterwegen;
- o Zal men via het KLIP/KLIM een verplichte planaanvraag dienen in te dienen voor de geplande graafwerken;
- o Zal men zich desgevallend moeten conformeren aan het toepasselijke Gemeentelijk Reglement.

Voor wat het energierecht betreft:

- o Legt de Gaswet¹ geen verplichtingen op aangaande stoom en warmte, en bijgevolg evenmin aangaande een stoom- of warmtenet. Voor wat betreft biogas, stelt de Gaswet expliciet dat dit in beginsel aan hetzelfde regime is onderworpen als aardgas voor de toepassing van de Gaswet (art. 2, §4). De Gaswet zal evenwel slechts gedeeltelijk van toepassing zijn op biogas – en er zal slechts een vergunning voor de aanleg van de biogasleiding noodzakelijk zijn – indien de jaarlijkse levering van biogas onder 1 miljoen m³ blijft. Indien men opteert voor de injectie van het biogas in het aardgasdistributie- of transportnet, zal het moeten aangepast ('opgewerkt') worden om te voldoen aan de kwaliteitseisen die gelden op deze netten en die gebaseerd zijn op de kenmerken van klassiek, fossiel, aardgas.
- o ;
- o Legt de federale Elektriciteitswet enkel de verkrijging van een productievergunning op, indien het een elektriciteitsinstallatie betreft met een netto ontwikkelbaar vermogen van meer dan 25 MW;

¹ Wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *B.S.* 7 mei 1965.

- Legt het Vlaamse Energiedecreet geen bijzondere verplichtingen op ter zake;
- Legt de oude federale Wet op de Elektriciteitsvoorziening geen bijzondere verplichtingen op ter zake.

Inzake milieu en ruimtelijke ordening zal het tevens vereist zijn een stedenbouwkundige en/of een milieuvergunning te bekomen. Desgevallend zal het Energieconversiepark, zich ook aan de Europese wetgeving inzake gebruikte producten en/of afvalstoffen moeten houden.

- Hoe moeten aanbestedingsdossiers worden opgezet om biomassastromen te organiseren?

De wetgeving overheidsopdrachten moet de nodige aandacht krijgen indien een aanbestedende overheid een initiatief voor de realisatie van een ECP-project lanceert. Het is onmogelijk om algemeen toepasbare regels uit te werken voor ieder ECP-project, maar onderhavige studie biedt wel een handleiding inzake de toepasselijkheid, de mogelijkheden en de beperkingen van de wetgeving overheidsopdrachten.

Voor elk project zal moeten onderzocht worden

- of en zo ja, op welk niveau de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing is rekening houdend met de aard van de samenwerking en de identiteit van de betrokken actoren

Er zal inderdaad in eerste instantie moeten nagegaan worden of de diverse samenwerkingen die een aanbestedende overheid zich voorneemt aan te gaan met anderen niet vallen onder de wetgeving overheidsopdrachten. Betreft de beoogde samenwerking al dan geen opdracht houdende het bekomen van werken, leveringen of diensten te bezwarende titel ten behoeve van de aanbestedende overheid? In voorkomend geval zal de aanbestedende overheid immers haar partners moeten aanduiden middels een of meerdere overheidsopdrachten.

Vaak zullen meerdere publieke overheden betrokken zijn bij een dergelijk project. Ook tussen aanbestedende overheden onderling moet waakzaamheid bestaan voor de wetgeving overheidsopdrachten. Indien de ene overheid aan de andere een opdracht geeft tegen een bepaalde tegenprestatie kan sprake zijn van een overheidsopdracht. Wel zijn er diverse uitzonderingen voorzien, op grond waarvan een publiek-publieke samenwerking alsnog buiten de wetgeving overheidsopdrachten valt. Een belangrijke uitzondering is de *inhouse-leer* die vaak t.a.v. zuiver publieke dochterondernemingen zal kunnen ingeroepen worden indien de moeder-aanbestedende overheid daaraan een taak toevertrouwt of een opdracht geeft. In sommige gevallen kan ook beroep worden gedaan op de horizontale samenwerking, m.n. indien de respectievelijke taken van de desbetreffende aanbestedende overheden in de praktijk een samenwerking impliceren

om hun taken adequaat te vervullen.

- op welke wijze rekening kan gehouden worden met milieu/duurzaamheidsoverwegingen bij het opzetten van de aanbestedingsstrategie:

Er is gebleken dat mits naleving van enkele belangrijke beginselen er aanzienlijke mogelijkheden zijn om milieu-overwegingen te laten meespelen bij het bepalen van het voorwerp van de opdracht, de technische specificaties, de selectiecriteria en de gunningcriteria.

De voornaamste krijtlijnen daarbij zijn:

- de eisen of criteria moeten nog voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht en dus relevant zijn om het beste voorstel te achterhalen;
- de eisen of criteria mogen niet-discriminerend zijn en ze moeten transparant en duidelijk zijn vooropgesteld, waarbij erover moet gewaakt worden dat de verstrekte gegevens in de offertes ook afdoende meetbaar en objectief zijn;
- de eisen of criteria moeten ook redelijk zijn en daadwerkelijk kunnen bijdragen tot de beoogde milieudoelstellingen.

3 TAAK 1 - SAMENWERKINGSVERBANDEN EN CONTRACTEN

Onder deze titel bespreken we vooreerst hoe publieke en private partners kunnen worden samengebracht voor een Energie Conversie Park (3.1). Vervolgens bespreken we welke contracten noodzakelijk zijn tussen de diverse actoren (3.2.). Tot slot gaan we na welke juridische constructies noodzakelijk zijn om een biogasnet en/of warmtenet aan te leggen (3.3.) en hoe ontbrekende schakels in een dergelijk net kunnen worden ingevuld, of energie-efficiënties kunnen worden gerealiseerd (3.4).

3.1 Samenbrengen van publieke en private partners

(a) *Algemeen*

Deze sectie beoogt nader inzicht te verstrekken in de wijze waarop een samenwerking tussen diverse entiteiten, en in het bijzonder tussen publieke entiteiten enerzijds en private ondernemingen anderzijds kan plaatsvinden.

De hierna besproken samenwerkingsvormen alsook het merendeel van de overwegingen die mee leiden tot de keuze van de ene of andere samenwerkingsvorm, zijn eerder generiek in die zin dat zij (kunnen) gelden voor iedere vorm van samenwerking tussen diverse entiteiten ongeacht of het gaat om publieke, private dan wel gemengde partijen. We begrijpen dat in de voor de studie beoogde hypothesen veelal sprake zal zijn van een samenwerking tussen enerzijds “overheden” en anderzijds private partijen. Hieronder wordt de analyse dan ook voornamelijk toegespitst op “publiek-private samenwerking” en wordt gewezen op enkele specifieke aandachtspunten in dat kader.

Daarbij is er reeds meteen op te merken dat ‘publiek private samenwerking’ (PPS) op zichzelf geen autonome rechtsfiguur is. Er bestaat wel een decretaal kader, vastgelegd in het Vlaams Decreet van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking, waarin een definitie wordt gegeven van PPS alsook een beperkt facilitair kader wordt gecreëerd. PPS wordt daarin als volgt gedefinieerd: *“projecten die door publiek- en privaatrechtelijke partijen, gezamenlijk en in een samenwerkingsverband worden gerealiseerd om een meerwaarde voor die partijen tot stand te brengen”*. De overige bepalingen van het decreet omvatten enkele facilitaire maatregelen (zoals machtigingen tot het toekennen van zakelijke rechten e.d.m.). De regels inzake Vlaamse PPS zijn bovendien vnl. gericht op het Vlaamse Gewest / de Vlaamse gemeenschap en de IVA’s en EVA’s.

Vooraleer in te gaan op de mogelijke structuur van een publiek-private samenwerking, willen wij nog wijzen op de hypothese van een voornamelijk ‘eigen’ realisatie door een publieke entiteit. Het is immers mogelijk dat een enkele entiteit een project integraal aanstuurt en organiseert. Daarbij zal deze entiteit met het oog daarop wel zelf veelal veelvuldige contractuele relaties aangaan. Zo zou

een publieke entiteit bijvoorbeeld zelf het initiatief kunnen nemen voor een Energie Conversie Park, waarbij zij zelf ook de integrale leiding neemt van het project en de zeggenschap behoudt. Haar relatie tot derden zou daarbij dan eerder deze zijn van een afnemer van contractuele prestaties (bijv. grondstoffen, studiediensten, ...) en verkoper van de door haar gerealiseerde goederen/producten (*cf. infra* voor meer details over deze relaties). In dit geval is niet zozeer sprake van een PPS, nu er geen sprake is van een “gezamenlijk” project ter realisatie van een meerwaarde voor elk van de partijen. Dergelijke structuur vereist wel dat betreffende publieke entiteit over de nodige know how, mensen en financiële middelen beschikt om het project alleen te ‘dragen’.

Een eigenlijke PPS kan juridisch op 2 wijzen worden vormgegeven:

- (i) De louter contractuele vorm waarbij er een samenwerking is maar zonder de oprichting van een gezamenlijke rechtspersoon;
- (ii) De participatieve PPS waarbij een gezamenlijke rechtspersoon wordt opgericht. Deze rechtspersoon² kan een private rechtsvorm (zoals bijv. een NV, BVBA, CVBA etc.) aannemen of een publieke rechtsvorm krijgen (in welk geval daartoe wel een wettelijke basis voor zal moeten bestaan, die doorgaans in mindere of meerdere mate kenmerken vertoont van één van de private rechtsvormen, hetzij doordat die is gebaseerd op een private rechtsvorm hetzij doordat het private vennootschapsrecht er suppletief of toepasselijk is).

Bijlage 1 bevat een vergelijkende matrix waarin de meest voor de hand liggende private vennootschapsvormen met elkaar worden vergeleken op basis van een reeks relevante vennootschapsrechtelijke criteria. Het betreft meer bepaald:

- de naamloze vennootschap (NV),
- de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA),
- de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (CVBA) en
- het economisch samenwerkingsverband (ESV).

Daar waar de NV en de BVBA in de praktijk veelal bekend zijn, is dat voor de CVBA minder en voor het ESV doorgaans niet het geval. Het ESV komt gelet op zijn specifieke doelstellingen in de praktijk niet frequent voor, en wordt doorgaans enkel gebruikt voor ondersteunende activiteiten in groepsverband. Het ESV biedt in vergelijking met de andere drie besproken voorbeelden geen aansprakelijkheidsbeperking, maar is omgekeerd bv. wel fiscaal transparant voor doeleinden van de

² Hier wordt bedoeld op vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Er bestaan daarnaast ook vennootschapsvormen zonder rechtspersoonlijkheid; deze worden hier echter buiten beschouwing gelaten – zij komen in essentie neer op een bijzondere vorm van contractuele samenwerking.

inkomstenbelastingen (*i.e.* de door het ESV gemaakte winst niet bij het ESV zelf maar rechtstreeks bij de vennoten van het ESV wordt belast). Hoewel de keuze voor het ESV dus a priori niet interessant lijkt, loont het toch de moeite deze rechtsvorm niet uit het oog te verliezen.

(b) ***Contractuele samenwerking (PPS)***

Meerdere partijen kunnen gezamenlijk als doelstelling hebben om een project te realiseren en daarbij op louter contractuele basis afspraken maken die gelden ter realisatie daarvan. Hoewel zij daarbij dan per hypothese geen afzonderlijke gezamenlijke rechtspersoon oprichten, kunnen zij naast afspraken inzake inzet infrastructuur, afnames, ... o.m. ook duidelijke afspraken inzake beheer, beslissingen, overlegmomenten e.d. maken.

(c) ***Participatieve samenwerking (PPS)***

De samenwerking tussen bepaalde partners betrokken in een project kan –vaak nadat eerst al op contractuele basis afspraken zijn gemaakt en dus pas op een later moment – evenwel ook de vorm aannemen van de oprichting van een gezamenlijke rechtspersoon, bv. met het oog op het samenbrengen van expertise en operationele/financiële middelen door onderscheiden partijen. Deze vennootschap (veelal aangeduid als ‘special purpose vehicle’ of ‘SPV’) zal dan op zijn beurt afspraken maken met andere betrokken partijen.

(d) ***Feitelijke samenwerking***

Uiteraard bestaan er daarnaast ook diverse vormen van ‘feitelijke samenwerking’, maar vaak zullen deze snel overgaan in een meer contractuele samenwerking omdat bij de realisatie van een project al snel ook afspraken zullen gemaakt worden die de facto neerkomen op contractuele afspraken.

(e) ***Bijzondere voorwaarden wegens betrokkenheid publieke entiteiten***

Op zich zijn de geschetste samenwerkingsvormen niet noodzakelijk verschillend naargelang publieke of private entiteiten betrokken zijn. Wel zullen in het geval van samenwerkingen met publieke entiteiten een aantal belangrijke randvoorwaarden kunnen spelen. Daarbij denken we onder meer aan:

- De *wetgeving overheidsopdrachten*: In de mate de publiekrechtelijke entiteiten naar aanleiding van een contractuele samenwerking of de deelname in een rechtspersoon opdrachten ten bezwarende titel houdende werken, leveringen of diensten zouden toekennen aan een (publieke³ of) private partner of een derde, zal telkens de vraag rijzen of de betrokken overeenkomst geen opdracht zal inhouden in de zin van de wetgeving overheidsopdrachten.

Daarbij zal steeds de aard van de relatie moeten onderzocht worden – zo is de loutere deelneming in een (bijv. gezamenlijke) rechtspersoon geen overheidsopdracht. Wel is niet uitgesloten dat dergelijke deelneming gepaard gaat met het bekomen van prestaties inzake de uitvoering van werken, leveringen of diensten, zodat een herkwalificatie van de overeenkomst zich kan opdringen.

Er zal daarbij dus te onderzoeken zijn (1) welke instantie optreedt als aanbestedende overheid en (2) wat de aard is van de opdracht (werken, leveringen of diensten). In geval van een gezamenlijke dochteronderneming zal ook steeds het statuut van deze onderneming als aanbestedende overheid moeten gecontroleerd worden;

- Het *gelijkheidsbeginsel*: Ook indien de wetgeving overheidsopdrachten niet van toepassing is, zullen de publieke partners niet zonder meer met eender wie overeenkomsten/samenwerkingsverbanden kunnen afsluiten. Uit het gelijkheidsbeginsel vloeien een aantal verplichtingen voort die de overheid dient na te leven bij de keuze van een contractspartij;
- De *organieke regels* van toepassing op de betrokken publiekrechtelijke entiteiten: Bij de uitwerking van het samenwerkingsmodel moet steeds rekening worden gehouden met de beperkingen en de werkingsregels die eventueel voortvloeien uit de organieke regelgeving van de respectievelijke publieke partners (bijv. beperkingen inzake de aard van de entiteiten waarin door de publiekrechtelijke entiteit kan worden deelgenomen, vereiste voorafgaandelijke machtigingen, voorwaarden inzake de deelneming zoals meerderheid van de stemrechten, ...). Dit zal steeds *ad hoc* moeten bekeken worden. Uiteraard zal daarbij – net zoals bij private entiteiten – ook rekening moeten gehouden worden met beperkingen die voortvloeien uit de omschrijving van het maatschappelijk doel van de betrokken entiteiten.

We herinneren er ook aan dat besturen die deelnemen aan een PPS-project niet zonder meer resultaatsverbintenissen kunnen aangaan omtrent de wijze waarop zij als bevoegde entiteit voor bepaalde beslissingen (bijv. vergunningen) zullen optreden;

³ Het is van belang in herinnering te brengen dat ook samenwerking tussen aanbestedende overheden die beantwoordt aan een opdracht voor werken, leveringen of diensten in beginsel onderworpen is aan de wetgeving overheidsopdrachten. Enkel in bijzondere gevallen (o.m. inhouse-samenwerking, bevoegdheidsoverdracht) is de onderlinge relatie vrijgesteld van de wetgeving overheidsopdrachten.

- Het principiële *verbod van staatssteun* en de gevolgen daarvan voor wat betreft de mogelijkheden inzake subsidiëring;
- De *fiscale wetgeving* (BTW-reglementering, registratierechten, ...).

In het kader van dit memorandum gaan we hier echter niet verder op in.

(f) ***Voornaamste actoren in het kader van een ECP***

In een ECP zijn meerdere actoren betrokken, waarbij zal moeten nagedacht worden welke samenwerkingsvorm wordt toegepast t.a.v. welke actoren. Zoals verderop blijkt, kunnen deze zijn:

- degene(n) die grondstoffen (biomassa) aanlevert/aanleveren;
- degene die de energieconversie-activiteit beheert;
- degene die over (een deel van de) installaties beschikt waarmee de energieconversie kan gerealiseerd worden;
- degene(n) die biogas en/of elektriciteit en/of stoom/warmte en/of compost en/of vezels afneemt/afnemen;
- de eigenaars van de percelen over/door wiens grond de leidingen lopen;
- eventueel de netbeheerder.

Afhankelijk van de precieze configuratie voor het project kunnen bepaalde rollen ook samenvallen. Zo zal de beheerder o.i. veelal dezelfde zijn als degene die over de installaties beschikt, minstens zal er voor die rollen een sterke neiging bestaan om de infrastructuur en de beheersactiviteiten te centraliseren in één enkele entiteit.

(g) ***Overwegingen bij de keuze van de samenwerkingsvorm***

In eerste instantie, kan gewezen worden op de volgende conceptuele voor- en nadelen van de oprichting van een afzonderlijke gezamenlijke rechtspersoon.

De oprichting van een gezamenlijke rechtspersoon zal globaal genomen de volgende voordelen bieden:

- De gezamenlijke rechtspersoon kan rechtshandelingen stellen zonder dat de deelnemende (publieke en private) partners daar telkenmale afzonderlijk over moeten beslissen;
- De gezamenlijke rechtspersoon maakt een gemeenschappelijke exploitatie mogelijk;
- De gezamenlijke rechtspersoon is herkenbaar t.a.v. derden. Alle personen die rechtstreeks of onrechtstreeks bij het project betrokken worden, beschikken dan over één centraal aanspreekpunt;
- De gezamenlijke rechtspersoon biedt (afhankelijk van zijn concrete rechtsvorm) mogelijke fiscale voordelen of voordelen inzake aansprakelijkheidsbeperking.

Anderzijds zal de oprichting van een rechtspersoon voor het structureren van de publiek-private samenwerking slechts aangewezen zijn, indien dit een meerwaarde kan bieden voor onderhavig project. Er zijn immers ook een aantal nadelen verbonden aan het oprichten van dergelijke gezamenlijke rechtspersoon:

- Er kunnen publiekrechtelijke beperkingen zijn voor de betrokken overheden om rechtspersonen op te richten zoals bv. de noodzaak van voorafgaande goedkeuring door een hogere overheid, beperkingen inzake de aard van de rechtsvorm van de op richten gezamenlijke onderneming, omvang van de zeggenschap, etc.;
- Men creëert een afzonderlijke entiteit waaromtrent de zeggenschapsrechten zullen bepalen hoe sterk men deze nog kan determineren;
- De oprichting van een gezamenlijke rechtspersoon is complexer dan een louter contractueel vormgegeven samenwerking. Men creëert immers op deze wijze een autonome structuur waarbij met tal van aandachtspunten rekening is te houden zoals fiscaliteit, vennootschapsrecht, bevoegdheidsdelegatie, faillissement, ...

Er zijn uiteraard ook ‘mengvormen’ denkbaar. Zoals hoger aangegeven kan ook in een contractuele samenwerking een uitgebreide overleg- en beslissingsstructuur worden uitgewerkt. Bovendien is het –zeker voor de energieconversieprojecten– denkbaar dat er twee soorten samenwerking zullen zijn voor één project: enerzijds kunnen bijvoorbeeld de houder van de infrastructuur en degene die het beheer op zich zou nemen een gezamenlijke onderneming oprichten waarbij de (mogelijk langdurige) samenwerking met de andere actoren op louter contractuele basis gebeurt. Ook een fasering is gebruikelijk, met name het opstarten van een contractuele samenwerking die op een gegeven moment leidt tot de oprichting van een gezamenlijke rechtspersoon. In de eerste contractuele fase gebeurt dan bijvoorbeeld onderzoek, worden potentiële partners aangezocht en worden de diverse rollen besproken. Wanneer men concreet zicht krijgt op het project en de diverse actoren en hun betrokkenheid, kunnen (of kan een deel van) de actoren dan een rechtspersoon oprichten die de eigenlijke realisatie en exploitatie van het project op zich neemt.

Bij het bepalen van de concrete en optimale samenwerkingsvormen, moet o.i. daarom ook meer algemeen gekeken worden naar de volgende elementen:

- Wie zijn de partners in het project?
- Is er een diversiteit in “aard” van de partners: publiek – privaat, maar ook ‘wat is de hoedanigheid van de betrokken publieke entiteiten’ (gedreven door publiekrechtelijke taken dan wel eerder als commerciële entiteit)?
- Wat is de rol die de diverse partners willen spelen?
 - o aard van de rol – hoeveel zeggenschap wenst men te hebben / toe te laten aan anderen
 - o wie wil deelname in de risico’s en de “meerwaarde” van het project
 - o wat is de “inbreng” van de diverse actoren en in welke hoedanigheid (inbreng / vergoeding / ...)
 - de benodigde infrastructuur (voor bijv. ontwikkeling biogas)
 - eventuele financiële inbrengen die vereist zijn
 - aanlevering van de grondstoffen
 - afname van biogas en/of elektriciteit en/of stoom/warmte
 - hoe staan de actoren t.o.v. het project (zie ook verder de vraag naar hun betrokkenheid) – bijv. de toeleveraar van grondstoffen, beoogt deze een langdurige samenwerking waarin hij sterk betrokken wordt en zich kan profileren als één van de partners; of ziet hij zichzelf louter als één van de potentiële leveranciers?
- In welke mate zullen de partners solidair zijn en een gezamenlijk project realiseren, met mogelijke winsten maar ook verliezen?
- Wat is de ‘scope’ van de betrokkenheid van de diverse actoren / hoe cruciaal is de betrokkenheid van bepaalde actoren (cf. afhankelijkheid voor wetslagen van het project: hangt die af van bepaalde actoren) – vnl. indien deze meervoudig is, zal er vraag / wens zijn tot volwaardige deelneming in het project (bijv. een onderneming is zowel degene die de grondstoffen aanlevert als degene die de energie afneemt)?
- Hoe belangrijk is het “gezamenlijk” optreden in het rechtsverkeer: Is het relevant om één enkel aanspreekpunt te hebben en wie moet daarin dan begrepen zijn?

Zo zal een bestuur dat de opportuniteiten van een Energie Conversie Park en de mogelijke samenwerkingsvormen nagaat, o.m. diens visie inzake volgende aspecten moeten nagaan:

- Wat is haar voornaamste doelstelling?
 - o louter het doen tot stand komen van een samenwerking tussen andere actoren in een Energie Conversie Park zonder daarin verder sturend te willen optreden;
 - o daadwerkelijke sturing van het project, waaronder
 - het bepalen van de aard van de activiteiten van een Energie Conversie Park
 - keuze van de input-leveranciers en de afnemers
 - o wenst men zelf afnames te doen van biogas en/of elektriciteit en/of stoom/warmte
- Hoe ziet zij de rol van anderen: wenst men deelneming/zeggenschap van derden toe te laten?
- Wat is haar eigen inbreng?
 - o beschikt zij over de infrastructuur voor de realisatie van een Energie Conversie Park of moet die gerealiseerd worden dan wel is zij in handen van derden;
 - o heeft ze zelf de nodige financiële middelen om het project op te zetten;
 - o is zij bereid risico's te dragen?

Ons inziens is steeds een grondig onderzoek noodzakelijk in het licht van de diverse facetten. Vaak zullen er pro- en contra-argumenten zijn voor het al dan niet meenemen van een bepaalde entiteit als aandeelhouder van een project. Zo kan zoals u aangaf tijdens de besprekingen, gelet op de bezorgdheid inzake de nood aan afdoende toevoer van grondstoffen, men overwegen om de toeleveranciers van grondstoffen toch mee te nemen in PPS-project als aandeelhouder. Op die manier kan men deze dan als het ware sterker “inbedden” in het project en hen binden aan de ECP-initiator. Evenwel moet men daarbij dan ook waakzaam zijn voor de neveneffecten van dergelijke deelname, waarbij deze leverancier(s) mede zeggenschap krijgen over de gezamenlijke onderneming. Mogelijk zijn er daarbij bijvoorbeeld ook geen gelijke belangen met de overheid-exploitant van de installatie. Daarbij zal men deze nadelen dan ook steeds moeten afwegen tegen de voordelen en bijvoorbeeld evalueren of men via een contract voor lange termijn met ernstige boetes en moeilijke uittredingsmogelijkheden niet vergelijkbaar resultaat kan bekomen.⁴

⁴ Overigens is de duur van de engagementen binnen een vennootschap ook niet zonder meer “vrij” en zal er ook daar veelal een uittredingsmogelijkheid zijn. Dit is steeds te evalueren in het licht van de toepasselijke (vennootschaps)wetgeving.

(h) ***Toepassing op case Beerse/Merksplas***

In het geval van IOK begrijpen wij dat IOK zelf reeds over de voornaamste infrastructuur beschikt en vragende partij is om betrokken te zijn in de realisatie van de energieconversie. Wel komt het ons voor dat zij nog een partner wenst te betrekken voor de eigenlijke studie en het eigenlijke beheer van het Energie Conversie Park. Zeker indien deze partner ook nog financiële middelen zou aandragen voor de aanpassingen aan de bestaande IOK infrastructuur (vergister, warmte/biogasleiding, ...), zou een gezamenlijke rechtspersoon op dat niveau relevant kunnen zijn. Daarbij zou IOK dan de bestaande composteringinstallatie kunnen inbrengen en de partner de financiële middelen waarmee deze installatie zou worden aangepast en uitgebreid (*cf.* vergister, warmte/biogasleiding, ...).

Wat de toelevering en afname betreft, is het niet onze lezing van het project dat er noodzakelijk ‘vaste’ partners worden aangezocht die identiek moeten blijven doorheen het ganse traject. De leveranciers van de grondstoffen en de afnemers van de energie en andere outputs lijken meer in een klassieke contractuele rol te situeren. Er lijkt ook a priori weinig sprake van vermenging in de diverse belangen en betrokkenheden van deze ‘partners’ van het project.

3.2 Contracten tussen de verschillende actoren

Voor een Energie Conversie Park is een waaier aan contracten noodzakelijk om de relaties tussen de verschillende partijen te regelen.

Hier behandelen we niet de onderlinge relaties tussen de verschillende partners die participeren in de Beheerder van een Energie Conversie Park (zie supra 3.1). Hier behandelen we de relaties tussen de Beheerder van een Energie Conversie Park enerzijds en de aanvoerders van grondstoffen en de afnemers van de outputs van het Energie Conversie Park zoals compost, energie (bv. biogas, stoom/warmte of elektriciteit) en andere, anderzijds.

In beginsel zal elke Beheerder van het Energie Conversie Park individuele overeenkomsten moeten afsluiten met hetzij aanvoerders van grondstoffen, hetzij afnemers van outputs. Enkel de typecontracten worden hier beschreven aan de hand van een termsheet. Dit wil zeggen dat de structuur van dergelijk contract wordt uitgewerkt, voorafgegaan door een korte inleiding waar op de voornaamste bijzonderheden van dergelijke contracten wordt gewezen. De nadere uitwerking van de contracten is afhankelijk van de concrete situatie en de onderhandelingen tussen partijen, al dan niet bijgestaan door hun raadslieden.

Afhankelijk van de specifieke situatie kan het bijvoorbeeld ook noodzakelijk zijn naast de overeenkomsten voor leveringen en afnames, een overeenkomst houdende de toekenning van

zakelijke rechten af te sluiten om de eigendom of het gebruiksrecht van bepaalde infrastructuur te verzekeren (zie titel 4.5).

(a) ***Inputcontracten***

Inputcontracten zijn contracten waarbij de ene partij zich verbindt een grondstof aan te leveren aan de andere partij, die zich op haar beurt verbindt deze grondstof af te nemen. In het concrete geval van een Energie Conversie Park zal het de aanlevering van biomassa betreffen aan de Beheerder van het Energie Conversie Park.

In het bijzonder is het van belang de vereiste (minimum)kwaliteit en de vereiste minimumhoeveelheden van de aangeleverde grondstoffen vast te leggen in het inputcontract. Tevens zal het interval (wekelijks, maandelijks, trimesterieel,...) waarmee de minimumhoeveelheden worden geleverd, van belang zijn.

De volgens de marktpraktijken gebruikelijke structuur evenals een korte beschrijving van dergelijke contracten is deze zoals beschreven in bijlage 2.

(b) ***Outputcontracten***

Outputcontracten zijn contracten waarbij een partij een bepaalde output (bv. energie)produceert en zich verbindt te leveren aan de andere partij, die zich verbindt deze af te nemen. In het concrete geval zou de Beheerder van het Energie Conversie Park de producent van energie zijn. Afhankelijk van het individuele Energie Conversie Park zal de geproduceerde energie biogas en/of elektriciteit en/of stoom/warmte betreffen.

De gebruikelijke structuur evenals een korte beschrijving van dergelijke contracten is deze zoals beschreven in bijlagen 3, 4 en 5 (resp. biogas, elektriciteit en stoom/warmte).

De output van een Energie Conversie Park kan ook grondstoffen (bv. vezels, eiwitten, meststoffen) in plaats van energie betreffen. In dit geval zal een gewone koop-verkoopovereenkomst dienen te worden afgesloten. Hiervoor voorzien we dan ook niet in een termsheet.

(c) ***Tolling contracten***

Tolling contracten zijn contracten waarbij een partij (de klant) een grondstof (bv. biomassa) aanlevert en een eindproduct (bv. stoom/warmte en meststoffen) teruggeleverd krijgt, door de

andere partij (de toller), die instaat voor de omzetting van de grondstof in het eindproduct. Het betreft aldus contracten waarbij een bepaalde partij zowel aanvoerder van grondstoffen is, als afnemer van energie en/of een ander eindproduct. De andere partij, de toller, staat in voor de omzetting van de grondstof en de teruglevering van het eindproduct. In het concrete geval zal dit de Beheerder van een Energie Conversie Park zijn.

De gebruikelijke structuur van tolling contracten is sterk gelijkend op een samenvoeging van input- en outputcontracten. In het bijzonder zullen nog artikelen moeten worden opgenomen aangaande de conversie van de aangeleverde grondstoffen in energie. Een of meer artikelen zal de 'Tolling Services' beschrijven. Voor wat betreft de betaling, zal de klant aan de toller een 'Tolling Fee' betalen. Het zal aldus doorgaans niet zo zijn dat de toller de klant eerst betaalt voor de geleverde grondstoffen, en de klant, na conversie van de grondstoffen, de toller betaalt voor de geleverde energie. De gevolgen hiervan komen terug in het artikel aangaande de eigendoms- en risico-overdracht.

De gebruikelijke structuur evenals een korte beschrijving van dergelijke contracten is deze zoals beschreven in bijlage 6.

(d) ***Contracten tussen Energie Conversie Parken onderling, aanvoerders van grondstoffen onderling of afnemers van energie onderling***

Desgevallend, indien praktisch en financieel haalbaar, en met name om tekorten en overschotten van grondstoffen en energie op te vangen, kunnen contracten worden afgesloten tussen Energie Conversie Parken onderling, tussen aanvoerders van grondstoffen onderling of tussen afnemers van energie onderling. Deze contracten zouden loutere koop-verkoopovereenkomsten betreffen. Hiervoor voorzien we dan ook niet in een termsheet.

(e) ***Toepassing op case Beerse/Merksplas***

Uit de informatie die ons ter beschikking werd gesteld, blijkt dat voor dit Energie Conversie Park de Intercommunale Ontwikkelingsmaatschappij van de Kempen (IOK) over een bestaande composteringsinstallatie voor de verwerking van GFT-afval beschikt. Deze composteringsinstallatie verwerkt heeft een capaciteit van 60.000 ton GFT-afval. Thans verwerkt ze ongeveer 40.000 ton GFT-afval, maar daar zou in de toekomst mogelijk een extra 10.000 à 15.000 ton kunnen bijkomen. Het GFT-afval is hoofdzakelijk afkomstig van de bewoners uit de gemeenten aangesloten bij IOK. Het afval zou in een vergister die naast de bestaande composteringsinstallatie zou gebouwd worden, verwerkt worden tot biogas dat men op de meest economische manier wil valoriseren. Het residu

dat overblijft na de vergisting zou verwerkt worden tot compost in de composteringsinstallatie van IOK.

Het IOK zal dus enerzijds inputcontracten afsluiten met de land- en tuinbouwers en eventueel bermbeheerders, die hun groenafval afzetten bij IOK tegen een vergoeding te betalen aan IOK, en anderzijds outputcontracten afsluiten met de afnemers (bv. de Kolonie van Merksplas) van de energie en andere outputs (compost e.a.), die het produceert. Met elke land- en/of tuinbouwer en met elke afnemer zal er in beginsel een individueel input- dan wel outputcontract worden afgesloten. Aangezien niet gespecificeerd is welke types energie de installatie zal produceren, kunnen we niet bepalen welke type outputcontract of welke types outputcontracten (bijlages 3, 4 of 5) van toepassing zullen zijn.

Tot slot wijzen we er nog op dat het kan voorvallen dat een land- en tuinbouwer zelf ook energie behoeft. In dat geval kan deze een tolling contract afsluiten met het IOK om het door hem aangeleverde GFT-afval in de vorm van energie terug te krijgen.

3.3 Aanleg warmtenet/biogasnet

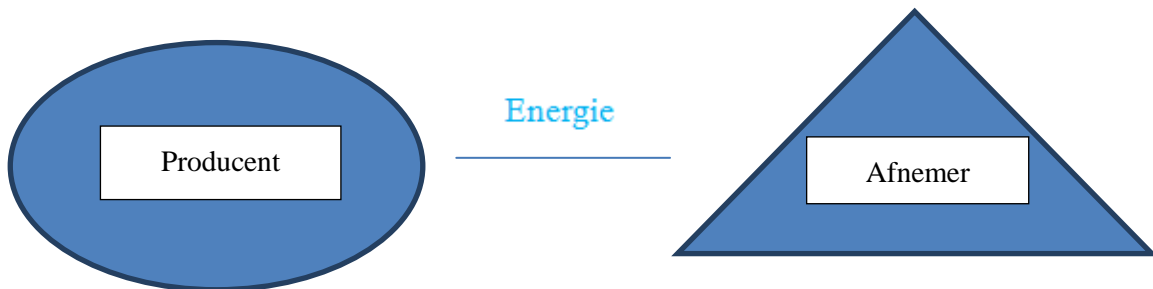
Een warmtenet/biogasnet omvat een netwerk dat één of meerdere producenten van warmte/biogas verbindt met één of meerdere afnemers hiervan.⁵ Afhankelijk van de gekozen configuratie kan ook een 'single buyer' of een netbeheerder deel uitmaken van het net (zie *infra*).

De aanvoerders van grondstoffen zoals biomassa worden in beginsel niet in het netwerk opgenomen: voor hen volstaan de individuele inputcontracten. Enkel voor wat betreft de outputcontracten, zijnde de contracten tussen producenten van biogas/stoom/warmte/elektriciteit/overige eindproducten (het Energie Conversie Park) en de afnemers van deze energie of overige eindproducten, kan het noodzakelijk zijn aanvullende overeenkomsten te sluiten met het oog op de organisatie van de beleving via het warmtenet/biogasnet. Vooraleer hier op in te gaan, geven we eerst een schematisch overzicht van de denkbare configuraties/archetypes voor een warmtenet/biogasnet.

⁵ Van warmte werd oorspronkelijk aangenomen dat deze enkel lokaal kon worden geproduceerd en vervoerd. Dit blijkt thans niet meer het geval te zijn ⁵ Zie I. KLEIJNE, "INB mikt op vergassen en 'verkolen' biomassa, en slijt restwarmte per container", *Energieia Nieuws* 24 oktober 2012, waar wordt beschreven hoe warmte toch over grotere afstanden zou kunnen worden vervoerd door zeecontainers te vullen met het zout natriumacetaat-trihydraat. Door middel van een chemische reactie kan de warmte in zout worden opgeslagen. De warmte wordt met behulp van warmtewisselaars aan het zout overgedragen en weer onttrokken op de plek waar de warmte nodig is.

- (a) ***Diverse configuraties/archetypes***
- (i) *Warmtenet/biogasnet met 1 producent en 1 afnemer*

Schematische structuur⁶:



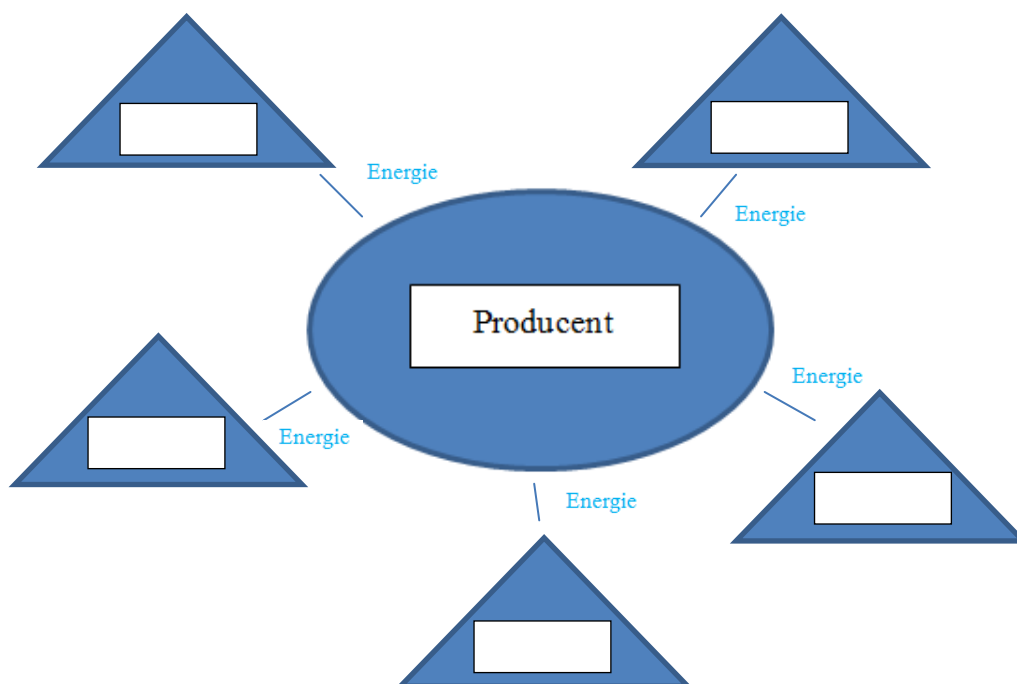
Beschrijving:

Dit archetype/deze configuratie betreft de meest eenvoudige situatie, namelijk deze waarin de warmte/het biogas/... wordt geproduceerd door één producent en deze energie wordt afgenomen door één enkele afnemer. Deze situatie komt vooral voor in geval van (onmiddellijke) nabijheid van producent en afnemer, waarbij vraag en aanbod op elkaar worden afgestemd. Hierbij is de 'business case' van die aard (win-win) dat er voldoende ruimte is, hetzij voor de producent, hetzij voor de -afnemer om te investeren in de aanleg van een leiding van de producent naar de afnemer. De investeringskosten zullen dan ook ofwel door de producent, ofwel door de afnemer, ofwel gezamenlijk worden gedragen.

⁶ 'Energie' betreft biogas, elektriciteit of stoom/warmte. Deze opmerking geldt voor alle schematische structuren van de diverse configuraties/archetypes. In het toepasselijke geval kan de output ook een ander product zoals vezels of meststoffen zijn. In dit geval dienen, zoals vermeld, individuele koop-verkoopovereenkomsten te worden afgesloten.

(ii) *Warmtenet/biogasnet met 1 producent en meerdere afnemers*

Schematische structuur:



Beschrijving:

Dit archetype/deze configuratie betreft reeds een complexere structuur dan deze van archetype/configuratie 1. Het betreft met name de situatie waarbij één producent/leverancier biogas/warmte/...levert aan verschillende afnemers. Gebruikelijk zal het dan ook deze producent zijn die de investeringskosten voor de aanleg van de leidingen (distributienet) op zich neemt, en hij deze zal doorrekenen in de prijs die hij aan de afnemers aanreken voor aankoop van het biogas/de warmte/ Daarbij zal de producent slechts dergelijke investering aangaan indien hij voldoende zekerheid heeft over de afname gedurende een voldoende lange termijn.

Tussen de producent en de verschillende afnemers zullen er ook afspraken dienen te worden gemaakt om de afnames af te stemmen op elkaar. Indien bijvoorbeeld afnemer 1 weet dat hij op bepaalde momenten meer energie nodig heeft, zou een afspraak kunnen worden gemaakt met de overige afnemers dat deze bereid zijn op die momenten minder af te nemen. In de case van het Energie Conversie Park Beerse/Merksplas zou dit bijvoorbeeld kunnen zijn: tussen 7.00h en 9.00h heeft de Kolonie van Merksplas extra warmte nodig, omdat de bewoners dan een douche nemen.

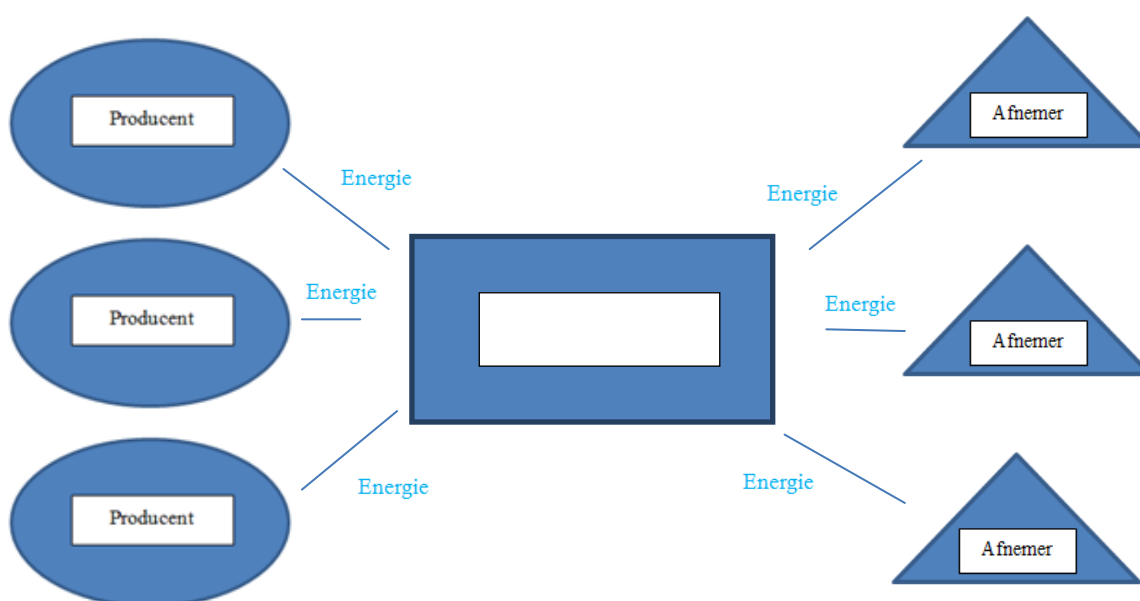
Met de overige afnemers zou dan kunnen worden afgesproken dat zij op dat moment minder warmte van het net zullen nemen. Een andere situatie die zich zou kunnen voordoen, is deze waarin de producent om een bepaalde reden minder produceert dan hij had beloofd. De vraag rijst dan of één afnemer minder zal afnemen, of de afnames van alle afnemers pro rata worden verminderd en of en zo ja hoe de producent hen hiervoor zal vergoeden.

(iii) *Warmtenet/biogasnet met meerdere producenten en meerdere afnemers*

In deze situatie is het het meest waarschijnlijk dat het netwerk wordt geëxploiteerd en desgevallend zelfs aangelegd door een netbeheerder.

(A) Enkel netbeheerder

Schematische structuur:



Beschrijving:

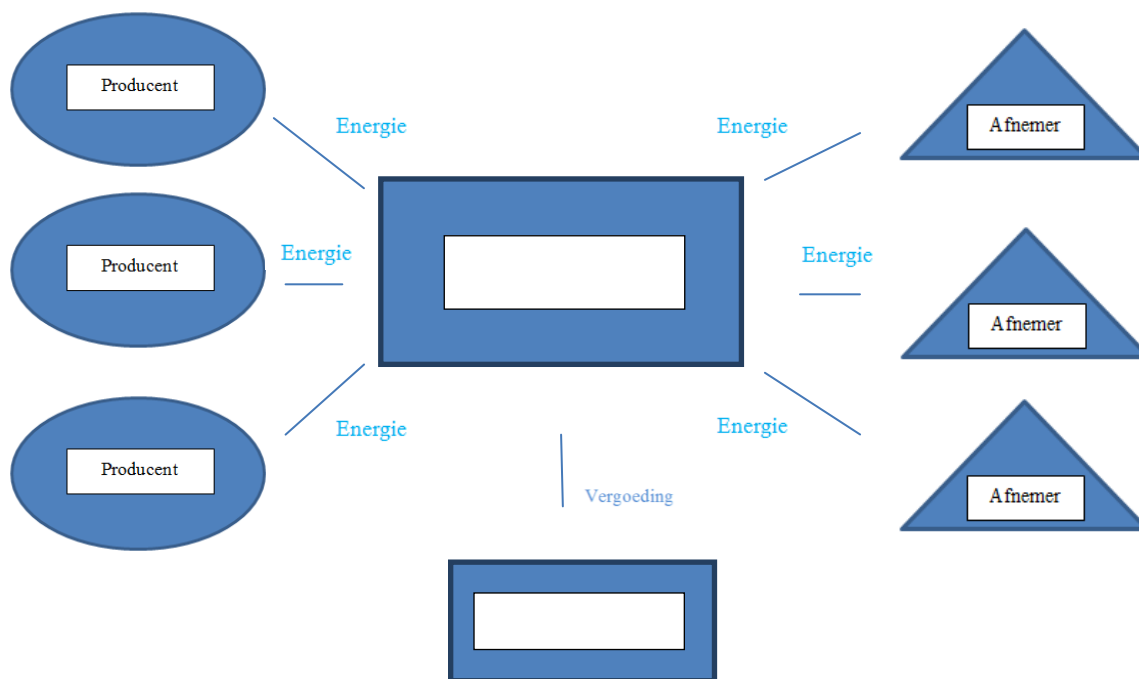
Dit archetype/deze configuratie betreft de situatie, waarin er zowel een veelheid van producenten als een veelheid van afnemers bestaat. Om vraag naar en aanbod van energie op elkaar af te stemmen wordt er een netbeheerder aangesteld. De producenten/leveranciers contracteren rechtstreeks met de afnemers en vervoeren hun biogas/warmte doorheen het net van een onafhankelijke netbeheerder naar de afnemers. Voor gebruik van het net rekent de netbeheerder een

netvergoeding aan aan de producent en/of de afnemer. Het net zelf wordt geprefinancierd en onderhouden door de netbeheerder.

Voor dit archetype zullen de afnames van de verschillende afnemers eveneens op elkaar dienen te worden afgestemd. Ook wat er gebeurt met eventuele overproductie/minderproductie door producenten, zal moeten geregeld te worden. De netbeheerder zal hiertoe de nodige afspraken maken met de producenten en afnemers.

(B) ‘Single buyer’ en netbeheerder

Schematische structuur:



Beschrijving:

Dit archetype/deze configuratie betreft de meest complexe situatie. Er wordt vooreerst een netbeheerder aangesteld, die eigenaar en exploitant is van het net dat producenten en afnemers verbindt. Daarnaast is er een zgn. ‘single buyer’ die alle energie van de producenten inkoopt en deze doorverkoopt aan de afnemers. In de praktijk verkopen de producenten hun energie aan de ‘single buyer’, die deze op zijn beurt met een marge doorverkoopt aan de afnemers. Met de marge vergoedt de ‘single buyer’ de netbeheerder (vb. middels een vaste capaciteitsvergoeding) en dekt hij zijn kosten en winst. Het net zelf wordt geprefinancierd en onderhouden door de netbeheerder,

die hiervoor een beschikbaarheids-vergoeding ontvangt van de ‘single buyer’.

Voor dit archetype/deze configuratie zullen de afnames van de verschillende afnemers eveneens op elkaar dienen te worden afgestemd. Ook wat er gebeurt met eventuele overproductie door producenten, zal geregeld dienen te worden. Het evenwicht op het net dient immers behouden te blijven. De netbeheerder zal hiertoe de nodige afspraken maken met de producenten en afnemers.

(b) *Noodzakelijke contracten*

Per bovenstaand besproken archetype/configuratie zetten we onder deze titel uiteen of, en welke, aanvullende contracten er noodzakelijk zijn in de hypothese van de aanleg van een warmtenet/biogasnet:

- Archetype i: Voor archetype i is het niet noodzakelijk dat er extra contracten worden afgesloten tussen de producent en de afnemer. In het outputcontract zullen afzonderlijke bepalingen worden opgenomen betreffende de eigendom, de financiering, de beschikbaarheid, de risico's, het onderhoud van de leiding etc..
- Archetype ii: Voor archetype ii is het evenmin noodzakelijk dat er naast de outputcontracten tussen de producent en de respectieve afnemers extra contracten worden afgesloten. Ook hier zullen in de outputcontracten clausules worden opgenomen over de eigendom, financiering, beschikbaarheid, risico's, het onderhoud etc. van de leidingen.
- Archetype iiiA: Voor archetype iiiA zal de verkoop van warmte/biogas door de producent aan de afnemers geschieden via een outputcontract. De relatie tussen de netbeheerder en de afnemers wordt geregeld in een aansluitings- en afnamecontract. Een voorbeeld van dergelijk aansluitingscontract (m.b.t. aardgas) kan gevonden worden op de website van Eandis voor de verschillende distributienetbeheerders. In de betreffende contracten zullen duidelijke afspraken dienen te worden gemaakt over de levering en afname van biogas, elektriciteit, stoom of warmte. Ook hier zullen in de outputcontracten clausules worden opgenomen over de eigendom, financiering, beschikbaarheid, risico's, het onderhoud etc. van de leidingen. Tevens zal het noodzakelijk zijn voor de eigenaar van het net, dan wel de exploitant (de netbeheerder) om de nodige afspraken te maken met de eigenaren van de percelen waarin het warmtenet/biogasnet wordt aangelegd (zie ook *infra* inzake niet-wettelijke, juridische hindernissen).
- Archetype iiiB: Voor archetype iiiB zal de verkoop van warmte/biogas door de producent aan de ‘single buyer’ geschieden via een outputcontract. De verkoop door de ‘single buyer’ aan de afnemers zal geschieden via individuele verkoopovereenkomsten. Tussen de ‘single buyer’ en de netbeheerder zal een overeenkomst voor gebruik van het net dienen te worden gesloten.

Ook hier zullen in de outputcontracten clausules worden opgenomen over de eigendom, financiering, beschikbaarheid, risico's, het onderhoud etc. van de leidingen. De afnemers zullen tenslotte een contract betreffende de aansluiting en toegang tot het net moeten sluiten met de netbeheerder.

Voor alle situaties waar er ofwel meerdere producenten ofwel meerdere afnemers zijn, zullen er afspraken moeten worden gemaakt omtrent de veilige en performante werking van het net. Daartoe dienen de verschillende contracten met elkaar gelinkt te worden. Meer bepaald zou men kunnen denken aan het afsluiten van een kaderovereenkomst of het laten ondertekenen van een soort gedragscode.

Concreet zou deze overeenkomst bepalingen kunnen bevatten aangaande:

- Informatie-uitwisseling tussen partijen om te vermijden dat er tekorten of overschotten bestaan, bijvoorbeeld bij de afname van biogas/elektriciteit/stoom/warmte;
- Voor de archetypes ii, iiiA en iii B, afspraken betreffende de productie en de afname om het evenwicht op het net te behouden (hetzij onderlinge afspraken tussen afnemers en producenten, hetzij telkens bilateraal met de netbeheerder);
- Het veiligheidskader;
- Garanties voor de financiële gezondheid van de partijen en desgevallend de verbintenis om zekerheden te stellen. Frequent wordt ook bepaald dat zekerheden kunnen worden afgedwongen naar aanleiding van bepaalde gebeurtenissen, zoals een bankgarantie op eerste verzoek bij de niet-betaling van facturen;
- ...

In het kader van de transparantie en de uniformiteit, zou er ook voor kunnen worden geopteerd om bepaalde clausules, die normaliter in de individuele input-, output- of tolling contracten zouden worden opgenomen, in de overkoepelende overeenkomst op te nemen, desgevallend met de verplichting deze clausules nogmaals verbatim op te nemen in de individuele input-, output- of tolling contracten.

Indien een nieuwe entiteit zich vervolgens op het net wil aansluiten, en indien de capaciteit van het net dit toelaat, volstaat het voor deze entiteit aanvaard te worden door de overige leden van het net, of door de netbeheerder. De nieuwe entiteit zal daartoe ofwel een toetredings- ofwel een kadercontract ondertekenen. De voorwaarden voor toetreding zullen dus op voorhand vastliggen. Ook de voorwaarden over welke entiteiten kunnen toetreden, zullen op voorhand uiteen zijn gezet (bv. afname of invoercapaciteit, locatie, ...). Tevens wensen we in dit verband te wijzen op de

groei-strategie voor bijvoorbeeld warmtenetten, waarbij diverse lokale warmtenetten op termijn worden geïntegreerd door onderlinge verbinding in een grootschaliger warmtenet.⁷ Daarbij is het niet zozeer één entiteit die toetreedt tot een groter net, maar zijn het diverse kleinere entiteiten die versmelten tot één grotere.

(c) ***Toepassing op case Beerse/Merksplas en case Lommel***

(i) *Case Beerse/Merksplas*

Uit de informatie die ons ter beschikking werd gesteld, blijkt dat voor dit Energie Conversie Park de Intercommunale Ontwikkelingsmaatschappij van de Kempen (IOK) over een bestaande composteringsinstallatie voor de verwerking van GFT-afval beschikt. Deze composteringsinstallatie verwerkt op dit moment jaarlijks 60.000 ton GFT-afval, maar daar zou in de toekomst mogelijk een extra 15.000 ton kunnen bijkomen. Het GFT-afval is hoofdzakelijk afkomstig van de bewoners uit de gemeenten aangesloten bij IOK. Het afval zou in een vergister die naast de bestaande composteringsinstallatie zou gebouwd worden, verwerkt worden tot biogas dat men op de meest economische manier wil valoriseren. Het residu dat overblijft na de vergisting zou verwerkt worden tot compost in de composteringsinstallatie van IOK.

Er bestaan verschillende opties. Een eerste optie is dat het biogas dat door de vergistingsinstallatie van IOK wordt geproduceerd ter plaatse wordt aangewend voor elektriciteits- en warmteproductie. De elektriciteit en warmte kunnen ter plaatse worden gebruikt. Het overschot van de elektriciteit kan desgevallend op het distributienet worden geïnjecteerd. Een andere optie is dat het biogas wordt getransporteerd naar de elektriciteits- en warmteproductie-eenheid van de Kolonie van Merksplas om daar een gedeelte van de warmte- en elektriciteitsvoorziening te verzorgen. Als laatste optie kan gedacht worden aan een opwaardering van het biogas tot biomethaan (aardgaskwaliteit) dat ingezet kan worden als bio-brandstof voor de eigen afvalvrachtwagens van het IOK of voor injectie in het aardgasnet.

Uit deze beschrijving kan worden afgeleid dat het Energie Conversie Park te Beerse/Merksplas sterk lijkt op archetype i of ii. IOK met zijn composteringsinstallatie is in dit archetype immers de producent van energie. De afnemers zijn, enigszins afhankelijk van de gekozen optie voor valorisatie van het biogas, afnemers van warmte of elektriciteit (optie 1), de Kolonie van Merksplas (optie 2) of IOK zelf via haar vrachtwagens, of de lokale gasdistributeur (optie 3). Afhankelijk van de meest economische en/of duurzame optie, dient er o.i. ook mee rekening te worden gehouden dat een mix van opties (en dus afnemers) zich kan voordoen. In elk geval is de situatie met één

⁷ Cf. T. MAES, *Reductie van CO₂-emissies op bedrijventerreinen in Vlaanderen door energiemangement en energieplanning*, Gent, Universiteit Gent, 2011, p. 148.

producent (IOK) en meerdere afnemers het meest waarschijnlijk. Zoals gezegd kan abstractie gemaakt worden van de land- en tuinbouwers die het GFT-afval aanleveren (en waarmee dus inputcontracten worden gesloten).

Gelet op de toepassing van archetype i of ii op de case Beerse/Merksplas, zal IOK, of desgevallend en afhankelijk van de opgezette constructie volgens titel 3.1 de Beheerder van het Energie Conversie Park Beerse/Merksplas, de investeringskosten voor de aanleg van de leidingen van het biogasnet op zich nemen. Deze kosten zal het IOK (desgevallend de Beheerder van het Energie Conversie Park Beerse/Merksplas) doorrekenen in de prijs die hij aan de afnemers aanrekent voor aankoop van warmte/biogas/andere.

Tussen IOK (desgevallend de Beheerder van het Energie Conversie Park Beerse/Merksplas) en de verschillende afnemers zullen er ook afspraken dienen te worden gemaakt om de afnames af te stemmen op elkaar en het evenwicht op het net te behouden.

(ii) *Case Lommel*

Uit de informatie die ons ter beschikking werd gesteld, blijkt dat voor de case Lommel het Kristalpark III een CO₂-neutraal bedrijventerrein is. Het economisch biomassapotentieel van de regio rond Lommel (straal van 30 km) werd ingeschat, de vraag naar en het aanbod van warmte werden in kaart gebracht, en interesse van bedrijven op het bedrijventerrein werd nagegaan. Bijzonder aan dit Energie Conversie Park is dat de aandacht gevestigd wordt op het gebruik van biomassa afkomstig van fyto-remedatie in combinatie met andere lokaal beschikbare biomassastromen.

Gelet op de weinig concrete informatie is het niet meteen duidelijk onder welk archetype de case Lommel te kwalificeren. Desalniettemin menen we dat het waarschijnlijk is, gelet op de waarschijnlijke diversificatie van bedrijven op een bedrijventerrein en hun onderlinge (potentiële) afhankelijkheid⁸, dat archetype iii hierop van toepassing is, namelijk dat er zowel een veelheid aan producenten als een veelheid aan afnemers is. Of dan voor archetype iiiA of iiiB wordt gekozen, zal afhangen van de organisatorische, economische en financiële voorkeuren van de betrokken bedrijven, alsook van de uiteindelijke initiatiefnemer ('trekker') voor dit project.

De producenten zullen bedrijven op het bedrijventerrein zijn die over installaties beschikken om biomassa om te zetten naar biogas, dan wel naar warmte en/of elektriciteit. De afnemers zullen bedrijven op het bedrijventerrein zijn die behoefte hebben aan biogas dan wel aan warmte en/of

⁸ Cf. T. MAES, *Reductie van CO₂-emissies op bedrijventerreinen in Vlaanderen door energiemangement en energieplanning*, Gent, Universiteit Gent, 2011, p. 149-155 over industriële symbiose. Zie ook p. 159 over het feit dat voor een CO₂-neutrale collectieve energieproductie vaak met een aparte juridische entiteit wordt gewerkt.

elektriciteit; hetzij om voor hun productie, hetzij om hun bedrijfslokalen te verwarmen en te verlichten. Ook hier geldt de opmerking dat leveranciers van biomassa niet vervat zijn in het archetype.

Tussen de producerende bedrijven en de afnemende bedrijven zullen er, met akkoord van de netbeheerder, ook afspraken dienen te worden gemaakt om het evenwicht op het net te behouden.

(d) ***Injectie op het aardgas distributienet of vervoersnet***

In de casus Beerse/Merksplas zou het biogas kunnen worden opgewerkt tot aardgaskwaliteit en geïnjecteerd in het aardgasdistributie- of transportnet, maar zou het biogas ook kunnen vervoerd worden naar de kolonie van Merksplas waar het zou worden gebruikt als brandstof voor de verwarmingsinstallaties. Uit besprekingen met Vito blijkt dat het een of/of verhaal betreft: het is niet economisch rendabel of zinvol om dergelijke opwerkingsinstallatie te bouwen om alleen de restanten van biogas die niet gebruikt worden voor de verwarmingsinstallaties van de kolonie in het net te injecteren. Het geproduceerde biogas zal voor de injectie in het net aan de kwaliteitsnormen moeten voldoen die op het aardgasdistributie- of -vervoersnet vereist worden.⁹ Aangezien biogas doorgaans een lager percentage methaan (CH₄) bevat dan aardgas, en bovendien ook andere stoffen bevat die niet overeenkomstig zijn met de samenstelling van klassiek (fossiel) aardgas, zal het noodzakelijk zijn het biogas op te waarderen. Dit kan met name door het biogas te ontdoen van componenten zoals koolstofdioxide (CO₂), zwavelwaterstof of waterstofsulfide (H₂S), zuurstof (O₂) en stikstof (N₂).¹⁰

Indien aan de kwaliteitsnormen wordt voldaan, geldt het principe van non-discriminatie in de toegang tot het aardgasvervoersnet en -distributienet (art. 1.2 en overweging 41 Gasrichtlijn¹¹). De netbeheerder zal dan ook geen afwijkende eisen mogen stellen ten aanzien van aardgasaansluitingen. De Richtlijn Hernieuwbare Energiebronnen¹² bepaalt zelfs dat *elektriciteit* uit hernieuwbare energiebronnen *voorrang* geniet inzake toegang tot het distributie- of vervoernet (art. 16) en overweging 60 Richtlijn Hernieuwbare Energiebronnen). Een analoge bepaling die voorrang

⁹ Art. 2, §4 Wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, B.S. 7 mei 1965 (Gaswet).

¹⁰ D.G. TEMPELMAN, “Groen (als) gas: een analyse van de groen-gasketen”, NTE 2012, 121.

¹¹ Richtlijn 73/2009/EG, “De lidstaten moeten waarborgen dat, rekening houdend met de nodige kwaliteitsvoorschriften, biogas en/of gas uit biomassa en andere soorten gas een niet-discriminerende toegang tot het gasnet krijgen, op voorwaarde dat deze toegang permanent verenigbaar is met de desbetreffende technische regels en veiligheidsnormen. Deze regels en normen moeten het technisch mogelijk en veilig maken dat deze gassen worden ingevoerd in en getransporteerd via het aardgasnet, en moeten ook rekening houden met de chemische kenmerken van deze gassen.”

¹² Richtlijn 2009/28/EG.

instelt voor gas uit hernieuwbare energiebronnen bestaat thans niet, hoewel de analogie verdedigd kan worden.¹³

(e) ***Pro memorie: productie van elektriciteit - directe lijnen***

Voor wat betreft de productie en het verbruik van elektriciteit door het Energie Conversie Park (de producent) en de afnemers van elektriciteit, lijkt het ons aangewezen pro memorie nog te wijzen op sommige mogelijke voordelen van directe lijnen.

Artikel 1.1.3.26° van het Energiedecreet definieert een directe lijn als een “*elektriciteitslijn met een nominale spanning die gelijk is aan of minder is dan 70 kilovolt, die een productie-installatie met een afnemer verbindt*”.

De voordelen van het aanleggen van een directe lijn zijn met name de drukking van de kosten voor zowel het Energie Conversie Park als de afnemers van elektriciteit. De elektriciteitsprijs bestaat immers uit drie componenten, te weten 1) de eigenlijke aankoopprijs voor elektriciteit en een winstmarge voor de leverancier, 2) heffingen en belastingen op de som van de aankoopprijs en de winstmarge, en 3) tarieven voor transmissie en distributie van elektriciteit. Bij levering via een directe lijn dienen echter geen distributie- of transmissietarieven te worden betaald. Aangezien deze minstens 30% van de elektriciteitsprijs uitmaken, krijgt men aldus een korting van ongeveer 30% op de gebruikelijke elektriciteitsprijs. Deze korting dient uiteraard ten dele om de eigen directe lijn af te schrijven, te beheren en te onderhouden. Doch het overige deel van de korting kan onder de partijen verdeeld worden. Er kan bijvoorbeeld afgesproken worden dat zowel producent als afnemer de helft van het bespaarde krijgen. In ieder geval komt dit de rentabiliteit van het ganse project ten goede. Het voordeel van directe lijnen kan evenwel onder druk komen door toepassing van een eventueel injectietarief of capaciteitstarief.

Overeenkomstig artikel 4.5.1 van het Energiedecreet is de aanleg van dergelijke lijnen om op de eigen site elektriciteit te leveren, toegelaten. De aanleg van een directe lijn die de grenzen van de eigen site overschrijdt, is enkel toegestaan na een voorafgaande toelating van VREG, die hiertoe advies van de betrokken netbeheerder inwint.¹⁴ Site wordt daarbij door artikel 1.1.3.30°/1 van het

¹³ D.G. TEMPELMAN, “Groen (als) gas: een analyse van de groen-gasketen”, *NTE* 2012, 125. Merk ook op dat in Duitsland wel reeds in voorrang tot het net voor biogas wordt voorzien. Zie met name §33-34 Gasnetzzugangsverordnung en §20a Gasnetzentgeltverordnung. zie ook M. ALTROCK en T. SCHMEDING, “Die Regelungen der GasNZV und GasNEV für die Einspeisung von Biogas”, in LOIBL, H. e.a. (eds.), *Biogasanlagen im EEG 2009*, Berlijn, Erich Schmidt Verlag, 2009, p. 355 e.v.; M. PETERSEN en H. THOMAS, “Energy Law in Germany”, in DEKETELAERE, K. en DELVAUX, B. (eds.), *International Encyclopaedia of Laws. Energy Law*, Kluwer, 2002, §606 e.v.

¹⁴ Bij de overweging tot verlening van een toelating voor het aanleggen van een directe lijn houdt de VREG rekening met de risico's inzake inefficiëntie, de risico's inzake veiligheid, de impact op de nettarieven, de waarborg van de rechten van afnemers, de eventuele weigering van aansluiting op het net door de betrokken netbeheerder of met een

Energiedecreet gedefinieerd als *“het kadastrale perceel of de aansluitende kadastrale percelen van dezelfde natuurlijke persoon of rechtspersoon als eigenaar, opstalhouder of concessiehouder”*.

Het is van belang om de directe lijn op ‘de eigen site’ aan te leggen, omdat de toelating van de VREG maar moeilijk kan bekomen worden – zoals blijkt uit de praktijk.

Naar alle waarschijnlijkheid zullen noch de Beheerder van het Energie Conversie Park, noch de afnemers van elektriciteit eigenaar zijn van het ganse gebied waarover de elektriciteit wordt vervoerd. Via de toekenning van een recht van opstal of een concessie kan men alsnog beschouwd worden als één site. Daardoor zou de toelating van de VREG niet langer vereist zijn en zou de distributie van elektriciteit via aanleg van een directe lijn mogelijk worden gemaakt.

Elektriciteit die niet zou worden afgenomen via de directe lijn, kan worden geïnjecteerd op het distributienet en worden verkocht aan een elektriciteitsleverancier. Hiertoe dient een specifiek aansluitingscontract met de netbeheerder en een verkoopovereenkomst van elektriciteit met een vergunde elektriciteitsleverancier te worden afgesloten.

3.4 Invulling van ontbrekende schakels/Realisatie van energie-efficiënties

Voor de invulling van eventuele ontbrekende schakels en de realisatie van energie-efficiënties kan in de eerste plaats gedacht worden aan een leverancier van energiediensten of ESCO (Energy Services Company).

Een ESCO is een bedrijf dat uitgebreide energie-oplossingen uitwerkt, meestal voor een bepaald gebouw, zoals het ontwerp en de implementatie van energiebesparingsprojecten, de outsourcing van energie-infrastructuur, energieopwekking en voorziening en risicomangement. Artikel 3, i) van Richtlijn 2006/32/EG definieert een ESCO met name als *“een natuurlijke of rechtspersoon die in de inrichtingen of gebouwen van een gebruiker energiediensten en/of andere maatregelen ter verbetering van de energie-efficiëntie levert en daarbij tot op zekere hoogte financiële risico's accepteert. De betaling van de geleverde diensten wordt (geheel of gedeeltelijk) gebaseerd op de realisatie van verbeteringen van de energie-efficiëntie en op de inachtneming van de andere overeengekomen prestatiecriteria”*.

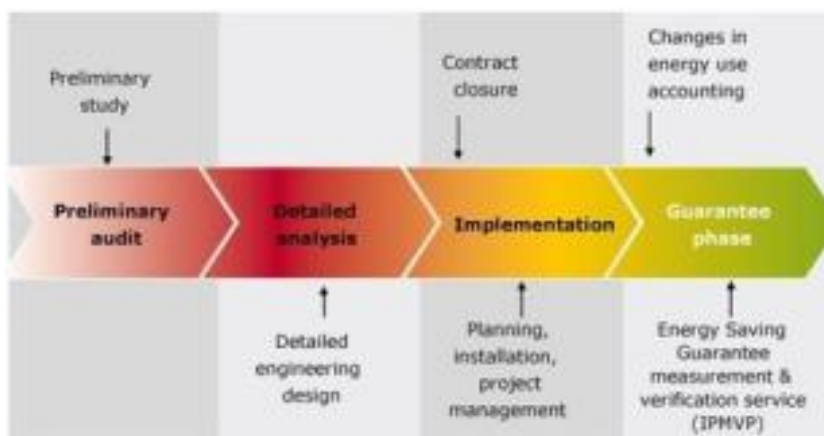
De ESCO is doorgaans een derde-investeerder die met de eigenaar van een gebouw/installatie een contractuele relatie aangaat op lange termijn. Dit contract wordt een energieprestatiecontract

gebrek aan aanbod tot aansluiting of toegang op het net tegen redelijke economische of technische voorwaarden. De beheerder van de directe lijn zal ook de procedure betreffende het gebruik van het openbaar domein, zoals beschreven in het Energiedecreet, dienen te doorlopen. Deze procedure kan door de beheerder van de directe lijn pas worden aangevat nadat de toelating van de VREG voor aanleg van de directe lijn werd verworven.

genoemd. Het betreft “*een contractuele regeling tussen de begunstigde en de aanbieder (normaliter een leverancier van energiediensten) met betrekking tot een maatregel ter verbetering van de energie-efficiëntie, waarbij investeringen in die maatregelen worden vergoed in verhouding tot de contractueel vastgelegde mate van verbetering van de energie-efficiëntie*” (artikel 3, j) van Richtlijn 2006/32/EG). Het is niet ongebruikelijk voor de ESCO om voor grote, individualiseerbare investeringen, ook te voorzien in een onroerende leasing of een opstalrecht, om onroerendmaking van de investering door natrekking of incorporatie te vermijden.

Werken via een energieprestatiecontract is vaak een win-winsituatie voor zowel de eigenaar van het gebouw/de installatie, als voor de ESCO. De eigenaar bespaart energie door de hernieuwde infrastructuur. Bovendien dient hij in principe upfront geen investeringsgeld ter beschikking te stellen. De ESCO, die de investering in energiebesparingsmaatregelen bekostigt, ontvangt een vergoeding voor de gerealiseerde besparingen. Indien de ESCO er niet in slaagt de beloofde energiebesparingen (*i.e.* de rendementsgarantie) te realiseren, dient hij het verschil tussen de werkelijke en de beloofde besparingen te vergoeden (~malus). Anderzijds kan de ESCO bij meer gerealiseerde energiebesparingen een bepaalde bonus worden toegekend. De ESCO draagt met andere woorden het investeringsrisico. Tevens zal rekening moeten worden gehouden met mogelijke fluctuaties in de prijs van gas en elektriciteit: ook hiervoor zou de ESCO het risico kunnen dragen (al is dat niet noodzakelijk het geval).

De aldus beoogde energiebesparingen worden doorgaans in vier fases gerealiseerd, zijnde:¹⁵



Een aantal algemene opmerkingen aangaande ESCO's zijn gepast:

- Bij de aanstelling van een ESCO door een overheid zal desgevallend ook rekening dienen te worden gehouden met de wetgeving overheidsopdrachten;¹⁶
- Een studie van het 'Executive Agency for Competitiveness and Innovation', verbonden met de Europese Commissie, wees uit dat de bank- en financiële sector vaak weinig bereid is te investeren in energieprestatieprojecten, wegens de (foutief) vermeende lage winstgevendheid van dergelijke projecten.¹⁷ Dit kan desgevallend een impact hebben op de financierbaarheid van het project.

Indien voor de Energie Conversie Parken volgens de filosofie van een energieprestatiecontract en een ESCO zou worden gewerkt, dient bovendien op een aantal bijzonderheden te worden gewezen:

- Vooreerst, wat de partijen bij het energieprestatiecontract betreft, zijn er twee mogelijkheden. Vooreerst kunnen de geïncorporeerde PPS en de ESCO samenvallen en dus één entiteit uitmaken. Dit is het meest ruime opzet en zal maken dat de bonus/malus wegens het al dan niet realiseren van de energie-efficiënties, onder de diverse aandeelhouders van de PPS verdeeld wordt. Daarnaast is het mogelijk dat de ESCO en de geïncorporeerde PPS twee verschillende entiteiten zijn. In dat geval zal de eventuele bonus/malus alleen aan de ESCO worden

¹⁵ Bron: <http://www.eu-esco.org/index.php?id=21>.

¹⁶ B. LOMBAERT en N. FRANÇOIS, "Les contrats de performance énergétique des bâtiments dans le secteur public local - 2clairages relatifs à l'application de la réglementation des marchés publics", *Rev. dr. Commun.* 2010, afl. 4, 14.

¹⁷ Zie EACI, "Boosting the Energy Services Market in Europe", beschikbaar via http://ec.europa.eu/energy/intelligent/files/events/doc/contrmeetings/workshop_summary_energy_services_final_en.pdf, p. 9.

toegekend. Dit zal zijn invloed hebben op de actiemogelijkheden van en ten aanzien van de ESCO (zie volgende gedachtestreepje);

- Ten tweede, wat betreft de taken van de ESCO, zal het er voor de ESCO op aankomen de totale efficiëntie van het Energie Conversie Park te verhogen. De ESCO - geïncorporeerde PPS zal de efficiëntie zowel kunnen verhogen op het vlak van de infrastructuur, als op het vlak van de werking van het Energie Conversie Park (allocatie van energiestromen). In verband hiermee, herinneren we eraan dat de bedoeling van het Energie Conversie Park is om een multidimensionaal model op te zetten, waarbij energie ofwel meteen diverse bestemmingen krijgt (horizontale multidimensionaliteit), ofwel de reststromen van een bepaalde bestemming voor energie via een cascade-systeem ook andere bestemmingen dienen (verticale multidimensionaliteit of cascadering via hoogwaardige benutting van de grondstoffen¹⁸). In een situatie ‘business as usual’ zou het bijvoorbeeld kunnen zijn dat GFT-afval gecomposteerd wordt en dat alle energie in het proces wordt verbruikt of gewoon verloren gaat. In een situatie met ESCO zou het GFT-afval enerzijds kunnen worden vergist tot biogas/elektriciteit/stoom/warmte (waardoor er energie wordt gewonnen!) en anderzijds tot compost. Het lijkt daarom interessant dat de ESCO nieuwe stakeholders zou kunnen bevragen, synergiën zou kunnen zoeken en contracten zou kunnen afsluiten met nieuwe partners. Aldus kan via reallocatie van energiestromen en/of gewijzigde bestemmingen van biomassa- en energiestromen de totale efficiëntie worden verhoogd;
- Ten derde, in geval de geïncorporeerde PPS en de ESCO niet dezelfde entiteit zijn, stellen we vast dat in een traditioneel energieprestatiecontract doorgaans ook een non-interventie door de ESCO met de commerciële beslissingen van de eigenaar wordt bedongen. De vraag rijst of dit in de onderhavige casus in dezelfde mate kan worden gerealiseerd, gelet op de in de vorige vraag vermelde wenselijkheid voor de ESCO een rol te voorzien in reallocatie van de energiestromen. De beste oplossing blijkt om minstens voor een reallocatie van een energiestroom in een situatie van verticale multidimensionaliteit (gebruik van reststromen via cascade) een verplicht overleg tussen de eigenaar van het biogasnet/elektriciteitsnet/warmtenet en de ESCO;
- Ten vierde is het wenselijk de nodige flexibiliteit te voorzien door de ESCO enkel te beoordelen op de inputs en/of outputs en hem de vrijheid te laten met welke middelen de (te definiëren) resultaten worden bereikt. Aan de outputzijde zou bijvoorbeeld een eis inzake CO₂-besparing kunnen worden vastgelegd, waarbij outputs die niet tot een CO₂-besparing leiden maar wel tot een hoogwaardig product, kunnen worden verrekend middels een CO₂-equivalent. Een voorbeeld daarvan zou kunnen zijn dat de output van een bepaalde hoeveelheid vezels, die niet zouden gevaloriseerd worden door verbranding, maar wel door direct gebruik in een productieproces, met behulp van een rekenmethodologie gehonoreerd wordt als CO₂-

¹⁸ Zie Nederlands tussenrapport DWH, p. 4-5.

besparing. Elke mogelijke of te voorziene output dient dan een CO₂-equivalentie te worden toegekend. Alternatief kan elke output (productievezels, energiebesparing, ...) een aantal punten worden toegekend. De ESCO dient jaarlijks een minimum aantal punten te behalen, maar het staat hem vrij te kiezen met welke outputs hij deze punten haalt;

- Tot slot wordt er in een energieprestatiecontract vaak een tijdschema opgesteld waaraan de ESCO zich dient te houden bij het uitvoeren van de werken met het oog op het realiseren van energiebesparingen. Gelet op de permanente en continue taak van de ESCO in het onderhavige geval, lijkt dergelijk tijdschema a priori weinig nuttig, tenzij men extra garanties wil dat de ESCO bepaalde infrastructuur aanlegt en ervoor instaat dat deze vanaf een bepaalde datum in gebruik kan worden genomen. Het bedingen van een ‘modus operandi’ voor de ESCO in het Energie Conversie Park is in ieder geval wel wenselijk.

Voor het overige beschikken de contractspartijen (de eigenaar van het net en de ESCO) over een ruime contractuele vrijheid bij het bepalen van de inhoud van het energieprestatiecontract. Noodzakelijke bepalingen betreffen onder meer een clause aangaande de rendementsgarantie en een clause aangaande de financiering.

4 **TAAK 2 - JURIDISCHE HINDERNISSEN BIJ HET OPZETTEN VAN EEN ENERGIE CONVERSIE PARK**

Waar een biogasnet in zekere mate nog kan worden gelijkgesteld met een aardgasvervoersnet, is de juridische kwalificatie van een warmtenet in België¹⁹ minder duidelijk. Het juridisch statuut van nutsleidingen is versnipperd over verschillende rechtsdomeinen: het zakenrecht, het energierecht, en het administratief recht. In deze titel gaan we vooreerst in op het zakenrechtelijk statuut van een netwerk (4.1). Vervolgens onderzoeken we de toepasselijke energiewetgeving (4.2) en de toepasselijke administratiefrechtelijke wetgeving (4.3). Tot slot bespreken we overige relevante wetgeving (4.4) en eventuele niet-wettelijke doch juridische hindernissen bij het opzetten van een biogasnet/warmtenet (4.5).

4.1 **Zakenrechtelijk statuut van een netwerk**

(a) ***Roerend/onroerend karakter***

Voor de kwalificatie van een goed als roerend of onroerend is de band met de ondergrond doorslaggevend. Artikel 518 B.W. bepaalt dat gebouwen en erven onroerende goederen zijn uit hun aard. Het begrip ‘gebouw’ dient daarbij ruim geïnterpreteerd te worden: het omvat ook voorwerpen die duurzaam en gewoonlijk met de grond verbonden zijn of erin vastzitten.²⁰ Het onroerend karakter staat bovendien los van de eigendom van de ondergrond.

Leidingen die in de grond verankerd zitten of op de grond bevestigd zijn, zijn dus ook onroerende goederen (*cf.* art. 523 B.W.), zelfs indien de leidingen aan iemand anders zouden toebehoren dan de eigenaar van de ondergrond.

De vraag rijst echter of een netwerk in zijn geheel ook als onroerend kan worden aangemerkt. Traditioneel aanvaardde het Hof van Cassatie dat een netwerk inderdaad in zijn geheel als onroerend kan worden aangemerkt op basis van het concept van horizontale natrekking.²¹ Thans

¹⁹ In Nederland bestaat er wel een Warmtewet, die evenwel nog niet in werking is getreden. Deze Warmtewet definieert warmte als ‘warm water of tapwater bestemd voor ruimteverwarming of –koeling, sanitaire doeleinden en huishoudelijk gebruik’. De wet voert bovendien een vergunningsstelsel in voor de levering van warmte, evenals een verplichting voor de vergunninghouder om redelijke prijzen en voorwaarden te hanteren en de landelijke maximumprijs voor de levering van warmte te respecteren. De wet voorziet tot slot in noodlevering doordat door de minister een ‘stille curator’ kan worden aangesteld, die bindende opdrachten kan geven aan de leverancier om alzo de warmtevoorziening zeker te stellen.

²⁰ Cass. 15 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 60, *Pas.*, 1989, I, 52, *R.W.*, 1988-89, 879, *Alg.Fisc.T.* 1989, 78, noot LAURENT, F., *F.J.F.* 1988, 406, noot X, *JT* 1989, 58, *T.B.B.R.* 1990, 211, noot KOKELENBERG, J.

²¹ Cass. 8 mei 1886, *Pas.* 1886, I, 195 aangaande waterleidingen: “[...] *toute une canalisation formant un ensemble complet, dont tous les éléments reliés entre eux d’une façon stable et permanente, rattachés en outre et incorporés aux divers bâtiments formant l’usine de la compagnie, constituent une dépendance de ces bâtiments, indispensable*

wordt deze stelling nog steeds aanvaard, doch veeleer wordt ze gebaseerd op een accessoir opstalrecht bij een conventionele erfdienstbaarheid of een erfdienstbaarheid van openbaar nut.²² De leidingen en het netwerk kunnen als conceptueel ondeelbaar worden beschouwd.²³

In tegenstelling tot de Belgische gefragmenteerde en enigszins complexe positie aangaande het zakenrechtelijk statuut van een netwerk, is de Nederlandse positie zeer duidelijk.

In Nederland bepaalt het Burgerlijk Wetboek met zoveel woorden dat de eigendom van een net, bestaande uit een of meer kabels of leidingen, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie, dat in, op of boven de grond van anderen is of wordt aangelegd, toekomt aan de bevoegde aanlegger van dat net dan wel aan diens rechtsopvolger (art. 5:20, lid 2 B.W.). Het netwerk op zich wordt dan ook als onroerend beschouwd.

Aldus kan worden besloten dat een netwerk van kabels of leidingen een onroerend goed is.

(b) *Eigendomsstatuut*

Voor wat leidingen betreft is het gemeenrechtelijk uitgangspunt dat de eigenaar van de grond waarop of waarin de leidingen zijn geïncorporeerd, ook eigenaar is van de leidingen zelf (art. 552 B.W.). Dit is het principe van de verticale onroerende natrekking (art. 546 B.W.). Met andere woorden zou dit betekenen dat het eigendomsrecht van de leidingen verdeeld wordt onder de verschillende eigenaars van de erven waarover de leidingen lopen, elk voor hun deel, of in het beste geval dat er sprake is van mede-eigendom.

Remedies om hieraan te verhelpen (*i.e.* horizontale eigendomssplitsing) en aldus één eigenaar voor het ganse net (ingevolge bv. diens accessoir opstalrecht) aan te stellen, behandelen we onder titel 4.6.

pour leur service et leur exploitation, et forment avec l'usine un tout indivisible".

²² V. SAGAERT, "Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgische recht", *TPR* 2004, 1361-1362 en 1365-1366. Op basis van de Etrimo-doctrine kunnen conventionele erfdienstbaarheden en erfdienstbaarheden van openbaar nut desgevallend ook samen bestaan (*ibid.*, 1389)

²³ L. DERIDDER en T. VERMEIR, *Leidingen voor nutsvoorzieningen*, Brugge, die Keure, 2000, 124.

4.2 Administratief recht en domeinrecht

(a) *Domeinconcessie*

Voor het gebruik van het openbaar domein zal het nodig zijn een domeinconcessie (ook wel domeinvergunning genoemd) te bekomen. Hierbij geldt het voorbehoud dat de verplichting tot het bekomen van een domeinconcessie enkel geldt voor private personen of overheden, die niet de eigenaar van het betreffende openbaar domein zijn. De overheid die eigenaar is van het betreffende openbaar domein kan er immers zo over beschikken.

In de rechtsleer wordt een onderscheid gemaakt tussen twee types domeinconcessie:

- Een stationeervergunning is een vergunning die de tijdelijke oppervlakte-inneming van het openbaar domein toelaat. Deze vergunning geeft echter geen toelating om werken uit te voeren in de grond zelf;
- Een wegvergunning is een vergunning die een langere, en vaak met een grondinneming gepaard gaande, inneming van het openbaar domein toelaat. De term wordt voornamelijk gebruikt in het kader van een domeinbezetting langs wegen (zie hierna).

(b) *Wet op het gebruik van het openbaar domein*

De wet op het gebruik van het openbaar domein²⁴ bepaalt dat verenigingen van gemeenten (bv. IOK) en concessiehouders van openbare diensten of van diensten van openbaar nut, het recht hebben om, op hun kosten, op of onder de pleinen, wegen, straten, paden, waterlopen en vaarten, die deel uitmaken van het openbaar domein van de provinciën en de gemeenten, alle werken te laten uitvoeren welke voor het aanleggen en het onderhouden van de leidingen, inzonderheid van de gas- en waterleidingen, nodig zijn. Deze wet is een algemene wet die geldt voor infrastructuur waarvoor geen specifieke regeling (zie titel 4.3. hierna) geldt. Het betreft dus een soort van ‘fall back’-regelgeving.

²⁴ Wet van 17 januari 1938 tot regeling van het gebruik door de openbare besturen, de verenigingen van gemeenten en de concessiehouders van openbare diensten of van diensten van openbaar nut, van de openbare domeinen van den Staat, van de provinciën en van de gemeenten, voor het aanleggen en het onderhouden van leidingen en inzonderheid van gas- en waterleidingen, *B.S.* 6 februari 1938.

(c) ***Retributiebesluit***

Het Besluit betreffende het privatieve gebruik van openbare wegen en waterwegen²⁵ bepaalt voor het Vlaamse Gewest verder dat een domeinvergunning noodzakelijk is voor het gebruik van het openbare domein van de wegen en de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken die ressorteren onder het beheer van het Vlaamse Gewest voor leidingen, netwerken en lokale installaties van algemeen en privaat belang (art. 26). In beginsel zal deze vergunning voor onbepaalde duur worden verleend (art. 5). Wel zal een retributie voor dit privatieve gebruik noodzakelijk zijn.

(d) ***KLIP/KLIM***

We wijzen er op dat via het KLIP²⁶ de verplichte planaanvraag kan worden ingetekend en doorgestuurd naar de betrokken Kabel- en Leidingbeheerders. Gelijkaardige informatie dient tevens te worden opgevraagd via het KLIM.²⁷ Aldus kan de nodige informatie over reeds bestaande kabels en leidingen worden bekomen en kan schade aan deze kabels en leidingen vermeden worden. Deze verplichting geldt *niet enkel* voor grondwerken op het openbaar domein, maar *ook* voor grondwerken op private domeinen.

(e) ***Gemeentedecreet***

Het Gemeentedecreet²⁸ geeft aan de gemeenteraad de bevoegdheid gemeentelijke reglementen vast te stellen (art. 42, §3). Een gemeentelijk reglement met betrekking tot de aanleg van nutsvoorzieningen kan twee verschillende situaties beogen.²⁹ Enerzijds kan de gemeenteraad een algemeen geldend reglement uitvaardigen dat betrekking heeft op eenieder die op zijn eigendom werken voor nutsvoorzieningen wil laten uitvoeren. Anderzijds kan het zijn dat een reglement enkel betrekking heeft op het gemeentelijk domein (zowel gronden die deel uitmaken van het openbaar domein van de gemeente als gronden die deel uitmaken van het privaat domein van de gemeente). Bij de uitbouw van een biogasnet/warmtenet zullen het Energie Conversie Park en de andere

²⁵ Besluit van 29 maart 2002 van de Vlaamse regering betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken, *B.S.* 30 mei 2002.

²⁶ Vlaams Kabel en Leiding Informatie Portaal: <http://klip.agiv.be/>

²⁷ Federaal Kabel en Leiding Informatie Meldpunt: <http://www.klim-cicc.be/>

²⁸ Gemeentedecreet van 15 juli 2005, *B.S.* 31 augustus 2005.

²⁹ Zie L. DERIDDER en T. VERMEIR, *Leidingen voor nutsvoorzieningen*, Brugge, die Keure, 2000, 175.

actoren in het net dus desgevallend rekening moeten houden met de diverse gemeentelijke reglementen van de gemeenten die het net bestrijkt.

4.3 Toepasselijke energiewetgeving

Voorafgaand dienen we op te merken dat het niet geheel duidelijk is of de Gaswet dan wel het Energiedecreet op biogas van toepassing is. De Gaswet regelt immers het gasvervoer, terwijl het Energiedecreet de gasdistributie en hernieuwbare energie regelt. Het verschil tussen gasvervoer en gasdistributie is niet duidelijk afgelijnd in de bevoegdheidsverdelende teksten. Enerzijds valt o.i. redelijkerwijze te verdedigen dat gelet op de jaarlijkse hoeveelheid biogas die zou worden verbruikt bij de kolonie van Merksplas er sprake is van gasvervoer (federale bevoegdheid). Anderzijds zou kunnen worden gesteld dat de productie en het transport van biogas onder hernieuwbare energie kan worden geklasseerd (gewestelijke bevoegdheid). We werken daarom zowel de toepasselijkheid van de Gaswet als van het Energiedecreet uit. Een project als dat in de case Beerse/Merksplas zal in deze dus echter altijd met een zekere vaagheid geconfronteerd worden.

(a) Toepasselijkheid van de Gaswet

De Gaswet³⁰ legt logischerwijze geen verplichtingen op aangaande stoom en warmte, en bijgevolg evenmin aangaande een stoom- of warmtenet.

Gas wordt overeenkomstig de Gaswet gedefinieerd als elke brandstof die gasvormig is bij een temperatuur van 15 graden Celsius en onder een absolute druk van 1,01325 bar. Dergelijke gassen ressorteren onder het toepassingsgebied van de Gaswet (art. 1, 1^o). Voor wat betreft biogas, stelt de Gaswet expliciet dat dit in beginsel³¹ aan hetzelfde regime is onderworpen als aardgas voor de toepassing van de Gaswet (art. 2, §4). Ook andere brandstoffen kunnen aan de gehele toepassing van de Gaswet onderhevig zijn, indien ze voldoen aan de definitie van art. 1, 1^o. Zoniet zal de Gaswet slechts gedeeltelijk van toepassing zijn en zal slechts een vergunning voor de aanleg van de leiding noodzakelijk zijn (bv. waterstof of aardolie).

³⁰ Wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, B.S. 7 mei 1965.

³¹ In de mate dat het technisch mogelijk is om het biogas veilig te injecteren en te vervoeren over het aardgasvervoersnet, en in de mate dat deze gassoorten in overeenstemming zijn met Koninklijk besluit van 23 december 2010 betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas en ook verenigbaar zijn met de kwaliteitsnormen die op het aardgasvervoersnet vereist worden.

Voor wat biogas betreft, moeten we in beginsel uitgaan van een integrale toepassing van de Gaswet. Toch zal de Gaswet slechts volledig toepassing vinden voor leveringen van gas ter bevoorrading van distributieondernemingen³², of van eindafnemers van wie de aardgasafname aan iedere aansluiting bestendig minimum één miljoen m³ per jaar bedraagt (art. 2). Vito bevestigde dat dit voor de case Beerse/Merksplas het geval zou kunnen zijn.

Daarom dienen we voor de aanleg van de biogasleiding drie onderscheiden situaties te onderzoeken: (i) directe leiding, (ii) gesloten industrieel net en (iii) deel van het gewone aardgasvervoers- en -distributienetwerk. IOK zal het meeste belang hebben bij de aanleg van een directe leiding of een gesloten industrieel net, omdat dit geen samenwerking vergt met Fluxys en derhalve (administratief) eenvoudiger is.

We merken voorafgaand nog op dat voor de bouw en exploitatie van een gasleiding/gasnet onder elk van de drie situaties een vervoersvergunning noodzakelijk is (art. 3-4 Gaswet). Deze vervoersvergunning wordt individueel verleend door de bevoegde federale minister. De criteria voor de toekenning van een vervoersvergunning zijn a) de veiligheid en de bedrijfszekerheid het net/de leidingen, b) de professionele betrouwbaarheid en ervaring van de aanvrager, zijn technische en financiële capaciteit, en de kwaliteit van zijn organisatie, c) de interconnectie van het net, alsook het onderhoud en de verbetering van de interoperabiliteit van netten, en d) de openbare dienstverplichtingen.

(i) *Directe leiding*

Een directe leiding wordt door de Gaswet gedefinieerd als: “*elke leiding voor gasvervoer die fysisch geen deel uitmaakt van het geïnterconnecteerd net*” (art. 1, 18°). Het geïnterconnecteerd net wordt daarbij gedefinieerd als “*elk samenstel van met elkaar verbonden vervoersnetten*” (art. 1, 17°).

Opdat een vervoersvergunning voor een directe leiding wordt toegestaan, wordt echter ook nog rekening gehouden met het feit of het gebruik van het geïnterconnecteerd net tegen redelijke economische en technische voorwaarden mogelijk is (art. 3). De aardgasvervoersbeheerder, Fluxys, wordt hieromtrent geconsulteerd. Enkel wanneer dergelijk gebruik tegen redelijke technische en economische voorwaarden³³ niet mogelijk is, zal de aanleg van een directe leiding worden toegestaan.

³² De bevoorrading van distributieondernemingen kan bovendien enkel gebeuren, indien het biogas zou worden opgewerkt tot aardgaskwaliteit.

³³ Aangezien de energiemarktregulator (CREG) de nettarieven (economische voorwaarden) vooraf goedkeurt en ook bevoegd de praktische modaliteiten kan toetsen die worden opgelegd nav een aansluitingsdossier, zal slechts zeer uitzonderlijk worden aanvaard dat de voorgestelde voorwaarden in een bepaald geval technisch of economisch niet redelijk zijn.

IOK heeft er dus belang bij om de biogasleiding als een directe leiding te doen kwalificeren. Het is evenwel onzeker of zal worden aanvaard dat de voorgestelde voorwaarden technisch of economisch onredelijk zijn. Het feit dat Fluxys tot hiertoe onwillig zou zijn het biogas door haar net vervoeren of om te voorzien in de aanleg van een leiding zou evenwel een argument kunnen zijn.

(ii) *Gesloten industrieel net*

Een gesloten industrieel net wordt door de Gaswet gedefinieerd als: “*een net binnen een geografisch afgebakende industriële of commerciële locatie of een locatie met gedeelde diensten dat in de eerste plaats bestemd is om de eindafnemers die op deze locatie gevestigd zijn te bedienen, dat geen huishoudelijke afnemers bevoorraadt en waarin a) de exploitatie of het productieproces van de gebruikers van dat net om specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd is, of b) het aardgas wordt gedistribueerd aan de eigenaar of beheerder van het gesloten distributienet of de daarmee verwante bedrijven*” (art. 1, 56°).

Gelet op de vereiste van een afgebakende industriële of commerciële locatie, lijkt er in de case Beerse/Merksplas geen sprake te zijn van een gesloten industrieel net. In ieder geval zou ook daar een adviesplicht van de CREG en van Fluxys gelden, waardoor de erkenning eerder onwaarschijnlijk wordt: Fluxys wenst immers dat zo weinig mogelijk ‘op zichzelf staande’ netten ontstaan.

(iii) *Deel van het gewone aardgasvervoers- en -distributienetwerk*

Tot slot is het mogelijk dat de gasleidingen worden gekwalificeerd als zijnde deel van het aardgasvervoersnet. In dat geval is een samenwerking met Fluxys gezien het wettelijk monopolie van Fluxys onvermijdelijk voor de aanleg en de exploitatie van het net/de leidingen.³⁴

Volgende verplichtingen zullen gelden:

- De verplichting tot certificering en aanwijzing van een beheerder van het vervoersnet en/of de opslaginstallatie (art. 8 e.v.). Dit zal in beginsel één van de houders van de vervoersvergunning zijn. De personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer mogen echter geen deel uitmaken van de structuren van de geïntegreerde aardgasonderneming die

³⁴ Cf. art. 8, §2, lid 2 Gaswet: “*De houder van een aardgasvervoersvergunning, die kandidaat is voor het beheer van het aardgasvervoersnet dient alleen, of samen met andere houders van een aardgasvervoersvergunning, een deel van het bedoelde vervoersnet te bezitten dat ten minste 75 % van het nationaal grondgebied bestrijkt.*”

rechtstreeks of onrechtstreeks belast zijn met het dagelijks beheer van de productie-, de distributie- en de leveringsactiviteiten van aardgas (art. 8/5, 1°);

- De verplichting om een leveringsvergunning te bekomen (art. 15/3);
- De verplichting de tariefmethodologie te volgen zoals opgesteld door de regionale regulator bij het stellen van de tariefvoorstellen (art. 15/5ter);
- De verplichting de gedragscode zoals bepaald door het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas (*B.S. 5 juli 2001*) na te leven (art. 15/5undecies).

Onder voorbehoud dat de Gaswet van toepassing is, is de hypothese van een directe leiding o.i. de meest voordelige voor IOK, maar is het niet evident te voldoen aan de voorwaarde voor de toelating ervan.

(iv) *Alternatief: levering van minder dan één miljoen m³ per jaar*

Zoals hierboven beschreven, is de aanleg van een directe leiding de meest voordelige oplossing, indien de Gaswet in haar geheel toepassing vindt. Gelet op de consultatie van Fluxys en de moeilijkheid om aan te tonen dat de voorgestelde technische en economische voorwaarden onredelijk zouden zijn, kan de aanleg van dergelijke leiding echter lang aanslepen of moeilijk verlopen. Een alternatieve en eenvoudigere oplossing is daarom om de toepassing van het volledige raamwerk van de Gaswet uit te sluiten. Dit kan door er voor te zorgen dat IOK minder dan één miljoen m³ biogas per jaar levert aan de Kolonie van Merksplas (of aan andere afnemers). Dergelijke limiet kan bijvoorbeeld contractueel worden gebetonneerd. Voor gasbehoeften vanaf één miljoen m³ per jaar zal de Kolonie van Merksplas zich moeten wenden tot de levering van aardgas via haar aansluiting op het aardgasdistributie-/vervoersnet.

Indien voor deze oplossing wordt gekozen, vervalt de toepassing van de zg. geliberaliseerde deel van de Gaswet en met name het regime zoals beschreven in (i)-(iii) hierboven. Het principiële wettelijke monopolie van Fluxys en de uitzonderingsregimes daarop van de directe leiding of het gesloten industrieel net zullen dan niet spelen. De voornaamste vereiste die wel nog zal gelden voor IOK bij de realisatie van haar biogasleiding(en) is het bekomen van een vervoersvergunning.

(b) ***Toepasselijkheid van de Elektriciteitswet***

De Elektriciteitswet³⁵ zal slechts toepassing vinden zo er door de productie-installaties in het warmtenet/biogasnet ook elektriciteit wordt geproduceerd. In dat geval zou het kunnen zijn dat er een productievergunning vereist is. Dergelijke vergunning is immers vereist voor nieuwe installaties met een netto ontwikkelbaar vermogen van meer dan 25 MW, en voor verbouwingen of andere aanpassingen van installaties, indien deze aanpassingen of verbouwingen aanleiding geven tot een toename met meer dan 10 % van het netto ontwikkelbaar vermogen van de installatie of met meer dan 25 MW van het netto ontwikkelbaar vermogen van de installatie (art. 4 en K.B. van 11 oktober 2000 betreffende de toekenning van individuele vergunningen voor de bouw van installaties voor de productie van elektriciteit).

Aangezien een traditionele biomassa-installatie rond de 10 à 15 MW produceert, is het weinig waarschijnlijk dat voor een Energie Conversie Park inderdaad een productievergunning voor elektriciteit vereist zal zijn.

(c) ***Toepasselijkheid van het Energiedecreet***

Het Energiedecreet³⁶ definieert aardgas als elke gasvormige brandstof van ondergrondse oorsprong die hoofdzakelijk uit methaan bestaat, met inbegrip van vloeibaar aardgas (art. 1.1.3, 5°). Daarnaast verwijst het ook naar biogas, zonder dit als dusdanig te definiëren. Groen gas of hernieuwbaar gas wordt niet behandeld in het Energiedecreet.

Zo het Energiedecreet in plaats van de Gaswet aldus in beginsel van toepassing zou zijn (omdat de Gewesten en niet de federale overheid bevoegd is), volgen desalniettemin geen directe verplichtingen inzake de aanleg van een biogasleiding uit het Energiedecreet. Leveringsvergunningen zijn bijvoorbeeld enkel verplicht voor de levering van elektriciteit of aardgas (art. 4.3.1 e.v.).³⁷ De biogasleidingen zullen evenmin als gesloten distributienet kunnen worden gekwalificeerd, aangezien de definitie van een gesloten distributienet verwijst naar

³⁵ Wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, B.S. 11 mei 1999.

³⁶ Decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, B.S. 7 juli 2009.

³⁷ In de memorie van toelichting bij het Energiedecreet werd gesteld: “*Er wordt bepaald dat een leveringsvergunning enkel nodig is voor de levering van elektriciteit en aardgas aan afnemers, die zijn aangesloten op een distributienet of op het plaatselijk vervoernet van elektriciteit. Het Elektriciteits- en Aardgasdecreet stellen dat een leveringsvergunning ook dient te worden aangevraagd voor de levering van elektriciteit aan afnemers op directe lijnen of leidingen. In voorliggend ontwerp van decreet wordt geen leveringsvergunning meer vereist voor de levering van elektriciteit via directe lijnen of leidingen. Gevolg is dat producenten van hernieuwbare energie of WKK-producenten die enkel elektriciteit leveren aan afnemers via een directe lijn geen leveringsvergunning moeten aanvragen. Het niet meer eisen van een leveringsvergunning voor deze leveringen kadert in het beleid ter bevordering van het gebruik van hernieuwbare energiebronnen en warmtekrachtinstallaties.” (Parl. St. VI. Parl. 2008-2009, nr. 2165/1, p. 17).*

elektriciteit of aardas (art. 1.1.3.56^o/2). Derhalve zal de aanleg van de leidingen zonder verdere verplichtingen uit het Energiedecreet kunnen geschieden. Enkele andere toelatingen/vergunningen zullen wel nog vereist zijn (*cf. supra*).

Stoom en warmte ressorteren niet onder het toepassingsgebied van het Energiedecreet. Het Energiedecreet legt dan ook geen verplichtingen op ten aanzien van een stoom- of warmtenet. Het bevat echter al evenmin faciliterende bepalingen voor de aanleg ervan (bv. de mogelijkheid om private eigendommen te gebruiken of zelfs te onteigenen voor de aanleg van de warmteleiding).

(d) ***Wet op de elektriciteitsvoorziening***

Gelet op het feit dat deze wet³⁸ de voorziening van elektriciteit betreft, bevat ze geen relevante bepalingen voor biogasnetten/warmtenetten. Deze wet legt dan ook geen verplichtingen op ten aanzien van een stoom- of warmtenet.

4.4 **Stedenbouwkundige - en milieuvergunning**

(a) ***Wetgeving betreffende ruimtelijke ordening***

De Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening³⁹ verplicht het bezit van een stedenbouwkundige vergunning voor bouwwerken, met uitzondering van onderhoudswerken, die a) het optrekken of plaatsen van een constructie, b) het functioneel samenbrengen van materialen waardoor een constructie ontstaat, of c) het afbreken, herbouwen, verbouwen en uitbreiden van een constructie betreffen (art. 4.2.1, 1^o). Het begrip constructie heeft daarbij een bijzonder ruime invulling gekregen⁴⁰, zodat ook het aanleggen van bijvoorbeeld leidingen voor een biogasnet/warmtenet in principe onder de stedenbouwkundige vergunningsplicht valt .

Evenwel kan de Vlaamse Regering overeenkomstig artikel 4.2.3 VCRO bepaalde handelingen met een tijdelijk of occasioneel karakter of met een geringe ruimtelijke impact vrijstellen van een vergunningsplicht. Deze handelingen werden vastgesteld in het Besluit van de Vlaamse Regering

³⁸ Wet van 10 maart 1925 betreffende de electriciteitsvoorziening, B.S. 25 april 1925.

³⁹ Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009, B.S. 20 augustus 2009.

⁴⁰ Art. 4.1.1, 3^o van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening definieert constructie als: “*een gebouw, een bouwwerk, een vaste inrichting, een verharding, een publiciteitsinrichting of uithangbord, al dan niet bestaande uit duurzame materialen, in de grond ingebouwd, aan de grond bevestigd of op de grond steunend omwille van de stabiliteit, en bestemd om ter plaatse te blijven staan of liggen, ook al kan het goed uit elkaar genomen worden, verplaatst worden, of is het goed volledig ondergronds*”.

van 16 juli 2010 tot bepaling van handelingen waarvoor geen stedenbouwkundige vergunning nodig is (hierna “*Vrijstellingsbesluit*”).⁴¹ Het Vrijstellingsbesluit voorziet in vrijstellingen voor handelingen in, aan en bij woningen (hoofdstuk 2), handelingen in, aan en bij andere gebouwen dan woningen (hoofdstuk 3), handelingen in industriegebied (hoofdstuk 4), handelingen in agrarisch gebied (artikel 5), groenwerken (hoofdstuk 6), tijdelijke handelingen (hoofdstuk 7), wijzigingen aan al ingerichte terreinen (hoofdstuk 8), het plaatsen van constructies voor publiciteit (hoofdstuk 9), handelingen op openbaar domein of op een terrein dat na de handelingen tot het openbaar domein zal behoren (hoofdstuk 10), handelingen van algemeen belang (hoofdstuk 11), handelingen met betrekking tot telecommunicatie (hoofdstuk 12) en afbraakwerken (hoofdstuk 13). Indien de beoogde werken onder één van voormelde vrijstellingen vallen, is geen stedenbouwkundige vergunning vereist.

Het is evenwel onmogelijk om in abstracto te oordelen welke vrijstellingen in voorkomend geval van toepassing zouden zijn. O.i. zullen de vrijstellingen zoals bepaald in hoofdstuk 10 van het Vrijstellingsbesluit van belang zijn. Zo bepaalt artikel 10, 4° Vrijstellingsbesluit dat er geen stedenbouwkundige vergunning nodig is voor de uitvoering van “*gebruikelijke ondergrondse constructies en aansluitingen*” op openbaar domein of op een terrein dat na de handelingen tot het openbaar domein zal behoren. Het Verslag aan de Vlaamse Regering vermeldt dat onder artikel 10, 4° Vrijstellingsbesluit “*alle soorten ondergrondse leidingen en aanhorigheden*” worden bedoeld. Op het eerste gezicht vallen hier derhalve ook de ondergrondse leidingen voor een biogasnet/warmtenet onder, voor zover ze worden uitgevoerd op openbaar domein of op een terrein dat na de handelingen tot het openbaar domein zal behoren.⁴² Er valt niet uit te sluiten dat er nog andere vrijstellingen van toepassingen zijn, doch deze dienen geval per geval beoordeeld te worden.

Caveat: ingevolge de koppelingsregeling tussen de stedenbouwkundige – en de milieuvergunning (b), zal de stedenbouwkundige vergunning resp. de milieuvergunning geschorst blijven zolang de milieuvergunning resp. de stedenbouwkundige vergunning niet definitief werd verleend.⁴³

(b) **Wetgeving betreffende milieuvergunningen**

Overeenkomstig de wetgeving milieuvergunningen worden inrichtingen in drie klassen ingedeeld, afhankelijk van de hinder die ze veroorzaken voor mens en leefmilieu.⁴⁴ Voor inrichtingen van

⁴¹ B.S. 10 september 2010.

⁴² In het Besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2010 betreffende de meldingsplichtige handelingen ter uitvoering van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, B.S. 10 september 2010 worden verder ook enkele handelingen opgesomd waarvoor een melding volstaat in de zin van artikel 4.2.2 VCRO. Op het eerste gezicht lijken geen van deze categorieën toepassing te vinden op leidingen voor een biogasnet/warmtenet, zodat er geen aanleiding bestaat om hier verder op in te gaan.

⁴³ Zie artikel 4.5.1.§2 VCRO en artikel 5. §1 van het Milieuvergunningsdecreet.

⁴⁴ Art. 3 Decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning, B.S. 17 september 1985, zoals uitgevoerd in het

klasse 1 en 2 bestaat er een vergunningsplicht (in de vorm van een milieuvergunning); inrichtingen van klasse 3 hebben enkel een meldingsplicht.⁴⁵ De verbranding van biomassa-afval is bijvoorbeeld altijd vergunningsplichtig (rubriek 2.3.4.1-2.3.4.2 Bijlage 1 Titel I van het VLAREM I). De inrichting voor verbranding van biomassa zelf is soms vergunningsplichtig, soms slechts meldingsplichtig afhankelijk van de capaciteit (rubriek 43 Bijlage 1 Titel 1 van het VLAREM I).

Wat betreft de leidingen voor een biogasnet/warmtenet vallen deze onder geen van de in bijlage I van VLAREM I bepaalde milieuvergunning – of meldingsplichtige inrichtingen. De transportleidingen voor het transport van stoom of warm water worden zelfs uitdrukkelijk uitgesloten. (rubriek 39.7 Bijlage 1 Titel 1 van het VLAREM I). Het VLAREM vermeldt niets over biogasleidingen, waaruit kan worden afgeleid dat deze op zich eveneens niet onderworpen zijn aan een afzonderlijke milieuvergunning.⁴⁶ Dit neemt uiteraard niet weg dat deze leidingen, als onderdeel van andere vergunning – of meldingsplichtige activiteiten, wel onder één of meerdere rubrieken van bijlage I van VLAREM I.^{47 48} *Caveat*: ingevolge de koppelingsregeling tussen de stedenbouwkundige – en de milieuvergunning (b), zal de stedenbouwkundige vergunning resp. de milieuvergunning geschorst blijven zolang de milieuvergunning resp. de stedenbouwkundige vergunning niet definitief werd verleend..

4.5 Overige relevante wetgeving

De geldende wetgeving betreffende de producten die gebruikt worden om energie uit te winnen (gebruikte producten), zal tot slot ook de nodige voorschriften bevatten waaraan de productie-installaties dienen te voldoen. Zo zijn de Europese verordeningen 1069/2009 en 142/2011 inzake

VLAREM.

⁴⁵ Art. 4 Decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning, *B.S.* 17 september 1985.

⁴⁶ De lijst opgenomen in Bijlage 1 van VLAREM is immers limitatief.

⁴⁷ Deze regel is enkel van toepassing in specifieke gevallen waar de hinderlijke inrichting het bestaan van de leiding (en mogelijke milieueffecten) impliceert. Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om de volgende 'hinderlijke inrichtingen' uit deze indelingslijst:

- Vb. Rubriek 16: gassen, waaronder: 16.9.b): ondergrondse aangelegde opslagplaatsen van aardgas.
- Vb. Rubriek 3: afvalwater en koelwater, waaronder: 3.1 t.e.m. 3.5: het lozen van huishoudelijk afvalwater, bedrijfsafvalwater en koelwater
- Vb. Rubriek 53: winning van grondwater
- Vb. Rubriek 55: boringen

⁴⁸ Een warmteleiding die restwarmte uit het elektriciteitsproces voert vanuit een elektriciteitscentrale is niet onderworpen aan een afzonderlijke vergunningsplicht. De exploitatie van de leiding werd niet in 1 van de categorieën van Bijlage 1 titel 1 van het VLAREM betreffende de hinderlijke inrichtingen opgenomen. Enkel de inrichting vanwaar of naar waar de leiding loopt zal afzonderlijk vergunningsplichtig zijn :

- Vb. Rubriek 12.1 Elektriciteitsproductie
- Vb. Rubriek 43.2 Verbrandingsinrichting met elektriciteitsproductie

Dierlijke Bijproducten van toepassing wanneer men biogas produceert op basis van biomassa uit (gedeeltelijk) dierlijke producten. In deze verordeningen staan bijvoorbeeld voorschriften waaraan biogasinstallaties moeten voldoen wanneer ze dierlijke bijproducten verwerken, of parameters inzake de omzetting van dierlijke bijproducten en afgeleide producten in biogas en compost. De regels betreffen enkel het gebruik van dierlijke bijproducten en geven verder geen regels aangaande de overige aspecten van het productieproces.

Europese wetgeving inzake afvalstoffen is op een gelijkaardige manier van toepassing.⁴⁹ Volgens de Kaderrichtlijn 2008/98/EG betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen is afval “*elke stof of elk voorwerp waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen*” (art. 3(1)). Afval mag daarbij niet restrictief worden geïnterpreteerd.⁵⁰ Gelet op het feit dat de tuinders/gemeenten zich van de biomassa wensen te ontdoen, dient biomassa o.i. als afval in de zin van de Kaderrichtlijn te worden bestempeld.

Afval kan evenwel opnieuw tot grondstof verworden (art. 6 einde-afvalfase) en dus opnieuw buiten het toepassingsgebied van de Kaderrichtlijn vallen. Dat is het geval wanneer de stof een behandeling voor nuttige toepassing, zoals een recyclingsbehandeling, heeft ondergaan, en wanneer de stof voldoet aan specifieke criteria die opgesteld moeten worden onder de volgende voorwaarden: a) de stof gebruikelijk wordt 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; en d) het gebruik van de stof of het voorwerp heeft over het geheel genomen geen ongunstige effecten voor het milieu of de menselijke gezondheid. De vereisten hiervoor lijken echter eerder streng.⁵¹

Met name houdt de Kaderrichtlijn Afvalstoffen een mogelijkheid tot in- en/of uitvoerbeperking van de afvalstoffen in (art. 16 Kaderrichtlijn)⁵². Dit kan met zich meebrengen dat Energie Conversie Parken die zich op een Lidstatelijke/Gewestelijke grens bevinden (bv. België-Nederland) hinder

⁴⁹ Zie in dit verband ook het Nederlandse tussenrapport MWH, p. 13-14.

⁵⁰ Hof van Justitie, Zaak C-252/05, *Thames Water*, §28; Hof van Justitie, Zaak C-188/07, *Commune de Mesquer*, §39 en 44.

⁵¹ Zie bv. Verordening 333/2011/EU van de Raad van 31 maart 2011 tot vaststelling van criteria die bepalen wanneer bepaalde soorten metaalschroot niet langer als afval worden aangemerkt overeenkomstig Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad.

⁵² Art.16(2) stelt: “*In afwijking van Verordening (EG) nr. 1013/2006 kunnen de lidstaten, om hun netwerk te beschermen, binnenkomende overbrengingen van afval, bestemd voor als nuttige toepassing ingedeelde afvalverbrandingsinstallaties, beperken indien vaststaat dat die overbrengingen ertoe zouden leiden dat in het eigen land ontstaan afval moet worden verwijderd of dat afval moet worden verwerkt op een wijze die niet consistent is met hun afvalbeheerplannen. De betrokken lidstaten stellen de Commissie in kennis van het desbetreffende besluit. De lidstaten kunnen tevens transport naar het buitenland van afval om milieuredenen beperken, zoals bepaald in Verordening (EG) nr. 1013/2006.*”

kunnen ondervinden van dergelijke in- en/of uitvoerbeperking. Men denke bijvoorbeeld aan de case Lommel waar met een straal van 30 km werd rekening gehouden voor de aanvoer van biomassa.

Eventuele in- of uitvoerbeperkingen zullen slechts toepassing vinden indien het zelfvoorzieningsprincipe (art. 16) toepassing vindt. Voor de toepassing van dit principe is het begrip ‘Gemengd Stedelijk Afval’ cruciaal. Dit begrip wordt echter niet in de Kaderrichtlijn gedefinieerd, waardoor men dient terug te vallen op Lidstatelijke definities. In het Materialendecreet⁵³ wordt het gedefinieerd als “*huishoudelijk afval, alsmede bedrijfs-, industrieel en institutioneel afval dat qua aard en samenstelling te vergelijken is met huishoudelijk afval, behoudens de in bijlage van beschikking 2000/532/EG onder 20 01 genoemde fracties die afzonderlijk aan de bron worden ingezameld, en de onder 20 02 van die bijlage genoemde andere afvalstoffen*” (art. 3.11°). GFT-afval dat valt onder fractie 20 02 01 van beschikking 2000/532/EG is aldus geen Gemengd Stedelijk Afval. Op dergelijk type afval kan het zelfvoorzieningsprincipe aldus geen toepassing vinden. Voor andere vormen van biomassa kan het zelfvoorzieningsprincipe en de gerelateerde in- of uitvoerbeperking eventueel wel spelen. Tot slot wijzen we er op dat de in- en uitvoerbeperkingen optioneel zijn voor de Lidstaten/Gewesten. O.i. is de kans aldus eerder klein dat biomassa door een dergelijke in- of uitvoerbeperking zou worden getroffen.

Tot slot merken we op dat in Nederland een ontwerpbesluit bodemenergie bestaat dat onder meer regels aangaande de bodemkwaliteit omvat en dat voor een nieuwe installatie voor warmte- en koudeopslag een saneringsplan kan opleggen, indien de bodem (het grondwater) waar deze installatie wordt geplaatst vervuild is en de installatie dit vervuilde grondwater gebruikt. In België bestaat dergelijke verplichting enkel onrechtstreeks via het Bodemdecreet, doch dit is niet specifiek gelinkt aan warmte-/koudeopslag.

4.6 Niet-wettelijke juridische hindernissen

Wanneer men bij de aanleg van het biogasnet/warmtenet erven zou moeten gebruiken die niet tot het openbare domein behoren en waarvoor men ook niet over een wettelijke erfdiensbaarheid van openbaar nut⁵⁴ beschikt, kan het noodzakelijk zijn met de eigenaar van het betreffende erf een overeenkomst te sluiten om tot een oplossing te komen. We zien daartoe vier mogelijkheden:

⁵³ Decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen, B.S. 28 februari 2012.

⁵⁴ Art. 649 en 650 B.W. bepalen respectievelijk “*De erfdiensbaarheden die door de wet gevestigd zijn, beogen het algemeen of het gemeentelijk nut, of het nut van bijzondere personen.*” en “*Die welke gevestigd zijn tot algemeen of tot gemeentelijk nut, betreffen de voetpaden langs bevaarbare of vlotbare rivieren, het aanleggen of herstellen van de wegen en andere openbare of gemeentelijke werken. Alles wat deze soort van erfdiensbaarheid betreft, wordt door bijzondere wetten of verordeningen geregeld*”.

- Opstalrecht: het recht om gebouwen, zoals leidingen, op andermans grond te hebben zonder dat de natrekking volgt.⁵⁵ Aldus vindt er een horizontale eigendomssplitsing plaats. Het opstalrecht is beperkt tot een maximumtermijn van 50 jaar. Aan degene die het opstalrecht verleent, zal een retributie moeten worden betaald. Het voordeel van een opstalrecht is dat het zakelijk recht, gevestigd door de opstal, vatbaar is voor hypotheek vestiging door banken, waardoor deze laatsten sneller bereid zullen zijn het netwerk te financieren;
- Erfpacht: het zakelijk recht op andermans onroerend goed om dit goed te gebruiken en er het genot van te hebben. Aan de eigenaar van het onroerend goed dient jaarlijks dan wel eenmalig een vergoeding (canon) te worden betaald. Deze vergoeding mag symbolisch zijn, maar is noodzakelijk ter erkenning van het eigendomsrecht van de eigenaar van het onroerend goed. Een erfpacht kan enkel worden toegestaan voor een periode van meer dan 27 jaar en maximaal 99 jaar;
- Conventionele erfdiensbaarheid: een via overeenkomst gevestigde last op een erf tot nut van een ander erf dat aan een andere eigenaar toebehoort. Een erfdiensbaarheid kan eeuwigdurend zijn;
- Aankoop van de grond waarop of waarin men de leiding wil aanbrengen: desgevallend hoeft niet de fysieke strook grond waarin het bouwwerk wordt aangelegd te worden gekocht, maar ken enkel de ruimte voor het bouwwerk worden aangekocht.⁵⁶ Aldus zou men van het perceel van een private eigenaar enkel dat stuk van de ondergrond kunnen kopen, dat men nodig heeft voor de aanleg van de leidingen, terwijl de private eigenaar van het perceel eigenaar blijft van het resterende gedeelte van het perceel.

⁵⁵ Cf. Cass. 18 mei 2007, *Arr. Cass.* 2007, 1045, *Pas.* 2007, 934, *JLMB* 2007, 726, *NJW* 2007, 652, noot RASSCHAERT, W., *CDPK* 2008, 219, noot DE STAERCKE, J., *Rev.not.b.* 2007, 631, noot LAGASSE, D., *R.W.* 2007-08, 736, noot SAGAERT, V., *TBBR* 2008, 550, *TBO* 2008, 9, noot VAN HEUVEN, D., *TBP* 2008, 495, *T.Not.* 2009, 32 en *T.Gem.* 2008, 71, noot DE BOEL, L. Zie hierover uitgebreider inzake nutsleidingen V. SAGAERT, “Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgische recht”, *T.P.R.* 2004, 1361 e.v.

⁵⁶ L. DERIDDER en T. VERMEIR, *Leidingen voor nutsvoorzieningen*, Brugge, die Keure, 2000, 128.

5 **TAAK 3 - WIJZE VOOR HET OPZETTEN VAN AANBESTEDINGSDOSSIER VOOR BIOMASSA STROMEN**

5.1 **Inleiding**

Tijdens de vergadering van 12 november 2012 is ingegaan op de aanpak van de derde vraag. Waar deze in het bestek zeer specifiek gefocust is op opdrachten voor de aanbesteding van biomassa-stromen, begrijpen wij dat er meer nood bestaat aan een ruim kader van de impact van de wetgeving overheidsopdrachten in het kader van een ECP-project.

Mede op basis van de bespreking, zijn daarbij enkele specifieke aspecten geïdentificeerd waarom het van belang is de krijtlijnen uiteen te zetten:

- Wanneer is sprake van een overheidsopdracht, en moet dus de partner in het project aangezocht worden via een overheidsopdrachtenbevraging
 - o daarbij wordt in het bijzonder gefocust op de complexe hypothese van een (participatieve) PPS en wordt ook kort ingegaan op het statuut van de alsdan gezamenlijk opgerichte entiteit;
 - o tevens wordt kort ingegaan op de samenwerking tussen publieke entiteiten onderling;
- Op welke manier kunnen milieuoverwegingen en -beleid meespelen in de concrete bevraging van overheidsopdrachten, bijv. als technische specificatie of als gunningcriterium.

Zoals zal blijken bij lezing van deze krijtlijnen, is het duidelijk dat de concrete uitwerking van een ECP-project binnen de wetgeving overheidsopdrachten steeds een heel projectspecifieke benadering zal vergen, waarbij heel nauwkeurige kennis moet voorhanden zijn inzake de betrokkenheid van aanbestedende overheden, de aard van de te sluiten overeenkomsten en de doelstellingen van het project. Bij het opzetten van een ECP project moet aldus bij elk van de stappen steeds de toepasselijkheid en in voorkomend geval, de naleving van de wetgeving overheidsopdrachten worden geverifieerd.

Wij zullen hierna trachten om een en ander evenwel te concretiseren aan de hand van voorbeelden en ook enkele specifieke overwegingen meegeven inzake de aanlevering van biomassa. We merken op dat deze voorbeelden steeds louter illustratief zijn en kleine nuances in de context kunnen leiden tot andere resultaten in het licht van de beoordeling van de wetgeving overheidsopdrachten, zodat waakzaam moet worden omgegaan met het zonder meer “naar analogie” overnemen van een voorbeeld binnen een gegeven context.

Voorliggende nota behandelt evenmin alle aspecten van de wetgeving overheidsopdrachten en

focus op de duiding van de toepasselijkheid ervan. Daarbij wordt zoals besproken tevens kort gewezen op twee actuele aandachtspunten, zijnde de duur van een overheidsopdracht / PPS alsook de problematiek van de wijzigingen gedurende de uitvoering ervan.

5.2 Wetgeving overheidsopdrachten en in het bijzonder (participatieve) PPS

(a) *Algemeen : keuze van de contractpartners door een aanbestedende overheid en de wetgeving overheidsopdrachten*

Wanneer bij de realisatie van een ECP aanbestedende overheden betrokken zijn, moet steeds worden nagegaan of er sprake is van overheidsopdrachten waarvoor deze aanbestedende overheid desgevallend haar contractant moet aanstellen conform de wetgeving overheidsopdrachten.

Daarbij moet dan inzonderheid geverifieerd worden of de relatie tussen de publieke partner en de andere partners er in essentie toe strekt ten bezwarende titel werken, leveringen of diensten te (laten) uitvoeren voor de publieke partner (in de hypothese dat deze een aanbestedende overheid is).

In voorkomend geval kan immers sprake zijn van een overheidsopdracht, zijnde

- een schriftelijke overeenkomst
- ten bezwarende titel (i.e. er moet sprake zijn van een zekere tegenprestatie, hetgeen zeer ruim wordt geïnterpreteerd en dus zeker niet beperkt is tot een financiële bijdrage – bijv. ook ruil of in bepaalde gevallen de toekenning van bepaalde rechten of afdekking van risico's)
- gesloten tussen een aanbestedende dienst en een (publieke of private) medecontractant
- met als doel de verwezenlijking van een aanneming van werken, leveringen of diensten⁵⁷.

Niet alle opdrachten van een aanbestedende overheid zijn derhalve onderworpen aan de wetgeving overheidsopdrachten. De wetgeving overheidsopdrachten is niet van toepassing op overeenkomsten waarbij de overheid goederen verkoopt of met zakelijke of persoonlijke rechten bezwaart (b.v. huur, opstal, erfpacht). Ook op een vennootschapscontract (bijvoorbeeld de participatie in een andere entiteit) is de wetgeving overheidsopdrachten als zodanig niet van toepassing. Dergelijke overeenkomsten strekken er immers niet toe de overheid een werk, een levering of een dienst te verlenen.

⁵⁷ Artikel 5 Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, B.S. 22 januari 1994.

Wij wijzen er overigens op dat niet alleen implicaties kunnen voortvloeien uit de overheidsopdrachtenwetgeving. Zelfs indien deze op een bepaalde samenwerking niet van toepassing is, blijft een overheid veelal nog onderworpen aan **het gelijkheidsbeginsel**.

De desbetreffende overheid zal dan – zelfs indien de wetgeving overheidsopdrachten dus niet geldt omdat het voorwerp van de opdracht bijvoorbeeld niet kwalificeert als een eigenlijke overheidsopdracht, maar bijv. de toekenning van een zakelijk recht betreft (zie verder) – vaak nog steeds moeten kunnen verantwoorden waarom zij samenwerkt / contracteert met een bepaalde entiteit dan wel een transparante bevraging moeten organiseren. Het Hof van Justitie⁵⁸, de Europese Commissie⁵⁹ en de Belgische administratieve rechtspraak⁶⁰ leiden uit het gelijkheidsbeginsel immers een principiële verplichting tot inmededingingstelling van overheidscontracten af.

Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit voort dat overheden hun private contractspartners moeten selecteren op grond van objectieve en relevante criteria. Het transparantiebeginsel vloeit hieruit voort en impliceert dat het voornemen om met een derde samen te werken in een rechtspersoon, op passende wijze openbaar moet worden gemaakt⁶¹. Aldus kan elke gegadigde de kans krijgen om zijn interesse voor die samenwerking kenbaar te maken. Het verzekert ook een controle op het objectief en relevant karakter van de vereisten die worden gesteld aan de private partner.

(b) *PPS en wetgeving overheidsopdrachten*

(i) *Algemeen*

Een PPS-contract is als zodanig geen rechtsfiguur, maar zal veelal geënt zijn op een of meerdere bestaande rechtsfiguren (lease, concessie, vennootschapscontract...).

Hoger is de algemene omschrijving gegeven van een “overheidsopdracht”. Om bij complexere samenwerkingsverbanden de toepasselijkheid van de overheidsopdrachtenreglementering te verifiëren moet steeds **de werkelijke aard en de werkelijke draagwijdte van de verbintenissen worden nagegaan**: is er al dan niet in essentie een overeenkomst waarbij een entiteit ten bezwarende titel werken, leveringen of diensten uitvoert voor de publieke partner (in de hypothese dat deze een aanbestedende overheid is). De formele kwalificatie van het contract is geenszins determinerend om de toepasselijkheid van de wetgeving overheidsopdrachten te beoordelen.

⁵⁸ HvJ 7 december 2000, C-324/98, Telaustria; HvJ, 21 juli 2005, C-231/03, Coname.

⁵⁹ Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, *PB C 179*, 2.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld RvS, nr. 84.721, 18 januari 2000, DB Invest.

⁶¹ HvJ 7 december 2000, C-324/98, Telaustria.

Bijzondere aandacht zal bij het beoordelen van een project in het licht van de wetgeving overheidsopdrachten veelal moeten gaan naar de voorwaarden van de definitie overheidsopdrachten inzake het “bezwarend karakter van de samenwerking” (cf. is er sprake van enige tegenprestatie) alsook het leveren van werken, leveringen of diensten ten aanzien van de aanbestedende overheid.

In veel gevallen zal een PPS duidelijk een overheidsopdracht⁶² inhouden, met name wanneer deze er duidelijk toe strekt om de overheid een bepaald werk of dienst te verstrekken. Bijvoorbeeld het opzetten van een ECP-project, waarbij de aanbestedende overheid een private partner zoekt om voor haar de studie te doen, vervolgens de infrastructuur te realiseren en samen met de overheid te exploiteren en dit alles tegen vergoeding door de overheid en/of de gebruikers van de installatie.

Omgekeerd zal soms ook duidelijk geen overheidsopdracht voorliggen, m.n. in het geval van toekenning van eigendomsrechten / zakelijke rechten (zoals een opstalrecht) zonder nadere voorwaarden om bepaalde prestaties te verrichten of indien de overheid gewoon deelneemt als overleginstantie in het kader van de realisatie van private projecten. Zoals aangegeven is de wetgeving overheidsopdrachten als zodanig bijvoorbeeld niet van toepassing op overeenkomsten waarbij de overheid goederen verkoopt of er zakelijke of persoonlijke rechten op toekent (b.v. huur, opstal, erfpacht) aangezien dergelijke overeenkomsten er immers niet toe strekken de overheid een werk, een levering of een dienst te verlenen. Zo zal een overeenkomst waarbij de gemeente een stuk grond verkoopt zonder meer, geen overheidsopdracht uitmaken (let wel: het gelijkheidsbeginsel zal in beginsel blijven spelen – zie hoger).

Er kunnen zich evenwel gevallen voordoen waar de ware aard van de samenwerking – die veelal complex is en enkel als startpunt gebaseerd is op een bepaalde rechtsfiguur, maar waarbij talrijke bijzondere afspraken worden gemaakt – moeilijker te achterhalen is.

Indien aldus bijvoorbeeld aan het toekennen van het zakelijk recht de naleving door de private partner van een aantal verplichtingen (andere dan het betalen van een prijs) worden verbonden, is het denkbaar dat deze overeenkomst alsnog als een overheidsopdracht moet worden gekwalificeerd. Bijv. indien de gemeente aan een private partner een bepaalde infrastructuur overdraagt, met als verplichte tegenprestatie om er het GFT-afval van de gemeente in te verwerken en daarbij energie te winnen die aan de gemeente wordt bezorgd. In dat geval zijn aan de overdracht van de infrastructuur duidelijk prestaties op vraag van de gemeente gekoppeld, zodat alsnog sprake kan zijn van een overheidsopdracht.

⁶² Of desgevallend een concessie voor werken, m.n. een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor werken met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat in hetzij enkel het recht om het werk te exploiteren (lees: inkomsten te innen bij de gebruikers), hetzij dit recht gepaard gaande met een prijs. Opdat sprake is van een concessie voor werken dient de concessionaris daadwerkelijk de exploitatierisico's te dragen, anders zal alsnog sprake zijn van een gewone opdracht voor werken. In de klassieke sectoren is de concessie voor werken onderworpen aan een bevestigingsplicht, weze het met enkele bijzondere (meer soepele) modaliteiten. De concessie voor diensten is heden (er is wel een voorstel van richtlijn die een specifiek regime vooropstelt voor concessies, m.i.v. de concessie voor diensten) niet onderworpen aan de wetgeving overheidsopdrachten (maar wel aan het gelijkheidsbeginsel – zie ook hoger).

Uit de rechtspraak⁶³ kunnen hiertoe een aantal criteria afgeleid worden om te bepalen of contractuele bedingen waarbij bepaalde prestaties worden opgelegd, al dan niet tot gevolg hebben dat het contract een overheidsopdracht betreft. Hieronder worden enkele belangrijke criteria geduid – zonder exhaustief te zijn – :

- Wat is de finaliteit van het contract in zijn geheel: betreffen de door de private partner te verrichten prestaties in hoofdzaak de realisatie van een publiek project of van een privaat/commercieel project ?
- In welke mate oefent de overheid een vorm van “zeggenschap” uit op de wijze waarop de bedongen prestaties worden geïmplementeerd (kwantitatieve en kwalitatieve normen)? In dit verband is ook rekening te houden met de controle- en dwangmaatregelen (bijv. boetes) waarover de overheid beschikt bij niet-naleving.

Het “initiatief” van de overheid kan hierbij ook een aanwijzing zijn.

- Bovendien kan het aandeel van de verbintenis om welbepaalde prestaties op het gebied van werken, leveringen of diensten uit te voeren in de totaliteit van de aangegeven verbintenissen van belang.
- Ook wordt de vraag of er voor de uitvoering van die prestaties “enige vergoeding” is voorzien voor de uitvoerder, in aanmerking genomen bij de kwalificatie als overheidsopdracht. Zoals aangegeven, wordt de “vergoeding” wel ruim begrepen in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten.
- In welke mate draagt de overheid het commercieel risico van het project? Het gegeven dat het bestuur een groot deel van de risico's eigen aan het project op zich nam, was een van de elementen die het Hof van Justitie ertoe bewoog de samenwerking van de gemeente Roanne met een ontwikkelaar te herkwalificeren als een overheidsopdracht⁶⁴.
- Is er een economisch belang in hoofde van de overheid?

In het verleden werd soms een indicatie gezien in het feit de overheid geen eigenaar werd van de infrastructuur om te stellen dat geen sprake is van een overheidsopdracht⁶⁵. Het is inmiddels evenwel duidelijk dat het feit of de prestaties terechtkomen in het patrimonium van de overheid op zichzelf niet determinerend is. Dit belet niet dat er wel een zeker “voordeel” uit de prestaties moet voortvloeien voor de aanbestedende overheid. Inzake

⁶³ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek Private Samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003, 92 e.v.

⁶⁴ HvJ., 18 januari 2007, C – 220/05, Auroux..

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld RvS, Noord Natie, nr. 48.082, 21 juni 1994.

opdrachten voor werken werd recent nog bevestigd dat er sprake moet zijn van een rechtstreeks economisch belang in hoofde van de aanbestedende overheid. In het arrest Müller benadrukt het Hof van Justitie dat – niettegenstaande de prestaties niet in het patrimonium van de overheid moeten terechtkomen – het voorwerp van de opdracht wel in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst moet worden uitgevoerd⁶⁶. Er zal blijkens dit arrest slechts sprake zijn van dergelijk economisch belang indien de aanbestedende overheid (het betrof een opdracht voor werken):

- hetzij eigenaar zal worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft;
- hetzij krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming (voorbeeld een gebruiksrecht);
- hetzij economische voordelen zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, aan de verwezenlijking van het werk financieel heeft deelgenomen of risico's loopt bij economische mislukking van het werk (bijv. de overheid stelt aanzienlijke garanties voor de verhuurmogelijkheden van een door de partner te realiseren bedrijventerrein).

Verder moet ook worden nagegaan of de medecontractant van de aanbestedende overheid in ruil voor zijn prestaties een zekere tegenprestatie krijgt vanwege de aanbestedende overheid. Dit wordt in de rechtspraak en rechtsleer zeer ruim ingevuld⁶⁷. Desgevallend bestaat de vergoeding vanwege de aanbestedende overheid in de toekenning van een exploitatierecht aan de medecontractant, op basis waarvan deze inkomsten kan verwerven vanwege derden (gebruikers).

Let wel, voorgaande analyse is maar relevant in het geval van een reële ruimere overeenkomst die een geheel vormt. In beginsel moet elk van de contractuele relaties op zichzelf bekeken worden. Daarbij is op te merken dat de EC er ook vanuit gaat dat indien bepaalde componenten van een ruimere overeenkomst kunnen gekwalificeerd worden als een overheidsopdracht en deze “afsplitsbaar” zijn, deze als zodanig het voorwerp moeten uitmaken van de mededinging. Er zal m.a.w. ook steeds moeten over gewaakt worden om geen “overheidsopdrachten” te incorporeren” in ruimere samenwerkingsverbanden indien daartoe geen noodzaak bestaat.

⁶⁶ HvJ 25 maart 2010, C-451/08, Müller. *In casu* ging het om een overheidsopdracht voor werken, maar deze redenering kan perfect naar analogie worden toegepast voor een overheidsopdracht voor diensten.

⁶⁷ Zie o.m. HvJ 12 juli 2001, “Scala”-arrest, C-399/98, en HvJ 18 januari 2007, C-220/05, Auroux.

(ii) *Bijzondere overwegingen inzake participatieve PPS*

(A) Keuze van de partner bij een PPS m.o.o. oprichting van een gezamenlijke dochteronderneming

Het hogerstaande geldt onverkort ook in het geval van een participatieve PPS. Het gegeven dat een samenwerking is opgebouwd rond een nieuw op te richten rechtspersoon doet dus geen afbreuk aan het gegeven dat een participatieve PPS een overheidsopdracht kan impliceren. Een louter vennootschapscontract vormt als zodanig weliswaar geen overheidsopdracht, maar dit belet niet dat die vennootschapsovereenkomst kan kaderen in een ruimer geheel en zal onderworpen zijn aan de overheidsopdrachtenreglementering indien die oprichting of deelname in werkelijkheid gepaard gaat met de toewijzing van een opdracht om welbepaalde prestaties op het gebied van werken, leveringen of diensten uit te voeren⁶⁸.

Er zijn in de rechtspraak verschillende voorbeelden te vinden van vennootschapscontracten die (of de samenwerking die daarin vervat of daarop gebaseerd is) geherkwalificeerd zijn als overheidsopdracht. Het Hof van Justitie herkwalificeert een kapitaalverrichting waarachter in werkelijkheid de gunning van een overheidsopdracht of van een concessiecontract schuilgaat⁶⁹, en voor de Raad van State is in een procedure over een participatieve PPS het middel van “un marché public déguisé” succesvol ingeroepen⁷⁰.

Vanuit het standpunt van de overheidsopdrachtenreglementering moet met andere woorden worden nagegaan of de overeenkomsten die in het kader van een samenwerking – zelfs middels oprichting van een gezamenlijke onderneming – worden afgesloten al dan geen overheidsopdrachten uitmaken of bevatten.

De samenwerking zal zoals hoger aangegeven meer bepaald een overheidsopdracht uitmaken indien het project essentieel gerealiseerd wordt op vraag van de aanbestedende overheid en dit ten bezwarende titel. Zo dreigt een overheidsopdracht voor te liggen als een aanbestedende overheid een special purpose vehicle (SPV) opricht samen met een aannemer, waarbij aan die SPV – die daarvoor vervolgens beroep doet op de aannemer-aandeelhouder en deze laatste voor die prestaties vergoedt - vanuit de overheid de opdracht wordt gegeven om een installatie op te richten die warmte produceert die vervolgens aan de overheid wordt geleverd tegen vergoeding.

⁶⁸ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private Samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003, 232-233.

⁶⁹ HvJ, 22 december 2010, C-215/09, *Mehiläinen Oy*, §34; zie ook de verwijzing in de Communicatie Geïstitutionaliseerde PPS, punt 2.2, paragraaf 2 naar HvJ 10 november 2005, C-29/04, Commissie t. Oostenrijk, §42.

⁷⁰ RvS 30 mei 2005, nr. 145.163, S.A. *Constructions Industrielles de la Méditerranée*.

In de mate de “betaling” vanwege de overheid erin bestaat een exploitatierecht toe te kennen aan de medecontractant, kan in voorkomend geval sprake zijn van een concessie voor openbare werken⁷¹.

Vaak is het voorhanden zijn van een overheidsopdracht niet zo evident te bepalen in het geval van een PPS, en zal het veeleer zo zijn dat in het kader van een ruimere samenwerking enkele contractuele bedingen voorliggen om welbepaalde prestaties uit te voeren en vaak zullen die al dan niet rechtstreeks wel ten goede komen aan de partijen. Dergelijke – complexe en sterk feitelijke - analyse zal moeten plaatsvinden aan de hand van de criteria die hoger reeds zijn aangegeven.

Een en ander is ook nader uiteengezet in de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie over geïnstitutionaliseerde PPS⁷². Daarin herinnert de Commissie eraan dat een samenwerking tussen een private entiteit en een aanbestedende dienst in het kader van een SPV niet automatisch de toepasselijkheid van de regels inzake overheidsopdrachten uitsluit. Wel kan de keuze van de private partner-aandeelhouder gelijklopen met deze van de private partner-opdrachtnemer via een enkele bevraging.

Een en ander geldt **niet alleen bij het toekennen van een opdracht in de oprichtingsfase** van een SPV, waarbij onrechtstreeks bijvoorbeeld een opdracht wordt toevertrouwd aan de andere aandeelhouder. Er is ook **rekening te houden met de daarop volgende fasen en de eventuele uitbreidingen / wijzigingen die daarin plaatsvinden.**

Zo zal een aanbestedende overheid-aandeelhouder geconfronteerd worden met de wetgeving overheidsopdrachten indien zij – na oprichting – bepaalde taken wenst toe te vertrouwen aan de SPV⁷³, althans in de mate dat het gaat om prestaties tegen vergoeding die binnen de materiële werkingssfeer van de toepasselijke richtlijn inzake overheidsopdrachten vallen. Dergelijke opdracht zou dan in beginsel slechts mogelijk zijn indien de relatie tussen de aanbestedende overheid-aandeelhouder en de private entiteit binnen de Teckal-leer (= inhouse) kan worden ingepast⁷⁴ (zie verder voor duiding van deze leer)

(B) Kwalificatie van de gezamenlijke dochteronderneming

In het geval van een participatieve PPS kan de contractsluiting van de overheid met de gekozen private partner voor de oprichting van een entiteit dus een overheidsopdracht omvatten, nl. doordat

⁷¹ Zie impliciet in die zin, het advies van de advocaat-generaal Kokott in de zaak Aroux, nr. C-220/05, ow. 46. Vereist is dan wel dat de medecontractant de risico's van de exploitatie draagt (ter onderscheiding van een opdracht voor werken – zie algemeen HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, Parking Brixen). Zie hoger voetnoot 6.

⁷² Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS), *PB C 91/02* van 12 april 2008.

⁷³ Door het Hof omschreven als “*een vennootschap die juridisch van [de aanbestedende dienst] is onderscheiden, maar in het kapitaal waarvan [de aanbestedende dienst] met een of meer particuliere ondernemingen deelneemt*”.

⁷⁴ HvJ 11 januari 2005, C-26/03, Stadt Halle §52.

deze laatste de facto via de SPV tegen vergoeding werken, leveringen of diensten verricht ten behoeve van de publieke partner.

Mogelijk stopt daar het belang van de toepasselijkheid van de wetgeving overheidsopdrachten niet. Hoger is er reeds gewezen op de moeilijkheid indien de aanbestedende overheid-partner van het ECP project nadien (bijkomende) taken wenst toe te vertrouwen aan gezamenlijke dochteronderneming / de partner-aandeelhouder in de gezamenlijke dochteronderneming.

Er zal bovendien ook moeten gekeken worden naar wat het uiteindelijke statuut zal zijn van de op te richten gezamenlijke entiteit zelf. Indien de overheid daarin een meerderheidsparticipatie neemt en deze entiteit zich richt op taken van algemeen belang, zal deze gezamenlijke dochteronderneming immers op haar beurt kunnen gekwalificeerd worden als een aanbestedende overheid en dus in haar relaties met derden de wetgeving overheidsopdrachten in acht moeten nemen.

Ook deze analyse is complex en sterk geval per geval te beoordelen in het licht van de taakstelling van de dochteronderneming en de zeggenschap van de aanbestedende overheid. Hieronder worden de krijtlijnen meegegeven voor dergelijke analyse.

Volgens artikel 4, § 2, 8° van de wet van 24 december 1993 vallen (naast enkele welomschreven klassieke overheidsinstellingen) volgende entiteiten onder het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten:

- Entiteiten die opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan van industriële of commerciële aard, en
- rechtspersoonlijkheid hebben; en
- waarvan:
 - o ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door aanbestedende overheden (de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten, de provincies, de gemeenten, de verenigingen gevormd door één of meerdere van deze of door rechtspersonen die zelf beantwoorden aan de criteria van deze definitie);
 - o of waarvan het beheer onderworpen is aan het toezicht van die overheden of instellingen;
 - o of waarvan de directie, de raad van bestuur of van toezicht samengesteld is uit leden waarvan meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangeduid.

De drie criteria zijn cumulatief (lees, ze moeten allemaal vervuld zijn opdat sprake zou zijn van een aanbestedende overheid). De subcriteria van het derde criterium zijn alternatief (het volstaat dat er aan één van de subcriteria voldaan is opdat het derde criterium zou vervuld zijn).

Het tweede en derde criterium zijn – hoewel soms ook discussie ontstaat omtrent de mate waarin een entiteit “gecontroleerd” wordt en wanneer sprake is van “overheidsfinanciering” – in de meeste gevallen nog relatief duidelijk.

Luidens het eerste (en in de praktijk vaak moeilijkst te beoordelen) criterium vallen instellingen die behoeften van algemeen belang beheren die niet van commerciële of industriële aard zijn onder de toepassing van de wet. Wat het “opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn” betreft, hebben de Europese en Belgische regelgevers niet aangegeven wat hieronder dient te worden verstaan. In dit criterium kunnen echter drie onderdelen worden onderscheiden: (1) het voorzien in behoeften van algemeen belang, (2) de vereiste dat die behoeften van algemeen belang niet van industriële of commerciële aard zijn en (3) het opgericht zijn met het specifieke doel dergelijke belangen te behartigen. Daarbij is het zo dat de behoeften van algemeen belang heel ruim worden ingevuld, en in de praktijk ook zeer weinig belang wordt gehecht aan de “oprichtingseis”. De facto is het tweede onderdeel dan ook het meest belangrijke in de beoordeling.

Het Hof van Justitie heeft de volgende algemene omschrijving aangereikt van dergelijke doelstellingen: “*in het algemeen gaat het om behoeften waaraan in de regel op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de staat om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden*”⁷⁵. Deze – op zich nog bijzonder vage – omschrijving is vervolgens aan de hand van verschillende indicaties uit de rechtspraak van het Hof van Justitie nader verfijnd; volgende indicaties kunnen uit deze rechtspraak worden afgeleid om te bepalen of behoeften (van algemeen belang) van industriële en commerciële aard worden behartigd⁷⁶:

- er worden goederen of diensten op de markt aangeboden;
- er worden goederen of diensten aangeboden aan commerciële ondernemingen;
- de activiteit wordt uitgeoefend in (sterke) concurrentie met andere marktspelers;
- er bestaat een winstoogmerk of er wordt gewerkt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit;

⁷⁵ HvJ, BFL, C-360/96, 10 november 1998, overw. 50-51; HvJ, Agora, C-223/99 en C-260/99, 10 mei 2001, overw. 36-37; HvJ, Adolf Truley, C-373/00, 27 februari 2003, overw. 50; HvJ, Korhonen e.a., C-18/01, 22 mei 2003, overw. 47; HvJ, Ing. Aigner, C-393/06, 10 april 2008, overw. 40.

⁷⁶ Zie tevens C. BOVIS, “Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets”, *C.M.L.R.*, 2002, 1043-1046; A. BROWN, “Cases C-223/99 and C-260/99: the definition of contracting authorities and the needs in the general interest that lack a commercial character”, *P.P.L.R.*, 2001, afl. 5, 108.

- er is geen overheidsfinanciering.

Deze indicaties moeten steeds onderling tegenover elkaar worden afgewogen.

Hierbij is op te merken dat **het volstaat dat een entiteit onder diens activiteiten slechts een enkele activiteit van algemeen belang met andere dan commerciële en/of industriële oogmerken verricht opdat zij onder de wetgeving overheidsopdrachten zou vallen**. Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie moet inderdaad worden onderstreept dat één enkele doelstelling van algemeen belang, andere dan van industriële of commerciële aard, volstaat om te besluiten tot het vervullen van dit criterium⁷⁷. Zelfs indien die taak van algemeen belang, andere dan van industriële of commerciële aard slechts een uiterst beperkt onderdeel vormt van het globale takenpakket, zal toch tot de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten worden besloten.

(C) Enkele bijzondere aandachtspunten

Zonder exhaustief te zijn inzake de mogelijke aandachtspunten vanuit de wetgeving overheidsopdrachten in het geval van een PPS, wordt hierna kort stil gestaan bij twee specifieke aspecten, m.n. de duur van de PPS en de evoluties van dergelijke samenwerking tijdens de uitvoering. Gelet op de complexiteit van deze aspecten en het contextgebonden karakter ervan, worden daarbij enkel de krachtlijnen meegegeven.

(I) De duur van een PPS

De ratio van de overheidsopdrachtenreglementering is dat de aanbestedende overheid “value for money” moet krijgen en dat de toegang tot de markt van ondernemingen verzekerd is⁷⁸.

Door de aanbestedende overheid afgesloten overeenkomsten die lang of quasi definitief in stand (kunnen) gehouden worden, verhinderen evenwel de markttoegang van andere (mogelijk efficiëntere) ondernemingen. Daarbij zal na een zekere periode ook de marktconformiteit niet noodzakelijk nog gegarandeerd zijn (m.a.w. heeft de overheid zoveel jaar later nog wel steeds de beste voorwaarden).

Vanuit die optiek rijst de vraag of het beginsel van de mededinging niet vereist dat na een redelijke termijn het recht tot het leveren van bepaalde prestaties niet opnieuw in concurrentie wordt geplaatst en wat dergelijke “redelijke termijn” dan is. Daarover bestaat heden niet veel duidelijkheid, maar o.i. verzetten het aanbestedingsrecht en de mededinging zich tegen een al te langdurige samenwerking indien daarvoor geen goede verantwoording bestaat.

⁷⁷ HvJ, Mannesmann, C-44/96, 15 januari 1998, overw. 25-26, nadien bevestigd door HvJ, BFI, C-360/96, 10 november 1998, overw. 54-55; HvJ, Adolf Truley, C-373/00, 27 februari 2003, overw. 56; HvJ, Korhonen e.a., C-18/01, 22 mei 2003, overw. 57-58.

⁷⁸ C. BOVIS, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, New York, Oxford University Press, 2006, 23.

Ook in de regelgeving en de rechtspraak kunnen indicaties daarvoor worden teruggevonden:

- In de Europese Richtlijnen wordt als uitgangspunt genomen dat een raamovereenkomst maximaal 4 jaar mag belopen, behalve indien er een goede verantwoording bestaat voor een langere duurtijd;
- In de toekomstige Belgische wetgeving (wet van 15 juni 2006) wordt de duur van 4 jaar als algemeen uitgangspunt genomen (dus los van de raamovereenkomst)– indien een overheidsopdracht een langere duurtijd kent, moet dit vooraf gemotiveerd worden;
- Het Hof van Justitie diende in het verleden wel ook reeds te erkennen dat er geen directe regel is in het gemeenschapsrecht die het aangaan van overeenkomsten voor onbepaalde duur uitsluit.⁷⁹ Wel oordeelde het Hof van Justitie reeds dat een concessie die door de aanbestedende overheid verleend is voor onbepaalde tijd, in strijd is met de Unierechtsorde omwille van “gegronde redenen, waaronder met name de mededingingshandhaving”⁸⁰. Hierbij werd verwezen naar de conclusies van de Advocaat-Generaal, die stelde dat een concessie verleend voor onbepaalde tijd het onmogelijk maakt om de exploitatie van de werken in de toekomst door anderen op een doeltreffender wijze en volgens efficiëntere criteria te laten verzekeren.
- Specifiek met betrekking tot geïnstitutionaliseerde PPS, wijst de Commissie in haar interpretatieve mededeling inzake geïnstitutionaliseerde PPS op het volgende⁸¹:

“In de oproep tot mededinging moet informatie worden verstrekt over de verwachte looptijd van de overheidsopdracht die de entiteit met gemengd kapitaal zal moeten verrichten of de concessieovereenkomst die zij zal moeten beheren.”

En verder :

“Het is aan te raden dat onmiddellijk al in het contract tussen de aanbestedende dienst en de private partner wordt vastgelegd welke werkwijze moet worden gevolgd wanneer de entiteit met gemengd kapitaal geen extra opdracht krijgt en/of de haar toevertrouwde opdracht niet wordt verlengd. Volgens de Commissie moeten de statuten op zodanige wijze worden geformuleerd dat later een andere private partner kan worden gekozen. Aangezien

⁷⁹ HvJ, Pressetext Nachrichtenagentur, 19 juni 2008, C-454/06. Het Hof verwijst naar een overheidsopdracht voor diensten, maar dit principe o.i. algemeen en is dus eveneens toepasselijk op opdrachten van werken of leveringen.

⁸⁰ HvJ, Helmut Müller, 25 maart 2010, C-451/08, §79.

⁸¹ Interpretatieve mededeling van de commissie over toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS), 2008/C-91/02, overweging 2.3.5.

de private partner niet ambtshalve van een nieuwe mededingingsprocedure kan worden uitgesloten, moet de aanbestedende dienst in dat geval in het bijzonder letten op de verplichting van transparantie en gelijke behandeling van alle inschrijvers.”

De Commissie duidt hier m.a.w. op de moeilijkheid van de duur in het kader van een geïnstitutionaliseerde samenwerking en geeft enigszins impliciet aan dat de overheid er moet over waken de nodige maatregelen te voorzien om erover te waken dat geen situatie ontstaat waarin men integraal gebonden is door de private partner. De looptijd van de eigenlijke overheidsopdracht vervat in de geïnstitutionaliseerde samenwerking dient te worden bepaald.

- In het voorstel van richtlijn voor concessies, wordt meer expliciet de link gelegd tussen de duur van de overeenkomst en de periode nodig opdat de partner en redelijk rendement zou kunnen halen uit de opdracht. Art. 16 luidt: *“De duur van de concessie is beperkt tot de termijn die naar schatting noodzakelijk is voor de concessiehouder om de gedane investeringen in verband met het exploiteren van de werken of diensten met een redelijk rendement op het geïnvesteerde kapitaal terug te verdienen.”*

Ons inziens is de visie die aan de basis ligt van het voormeld art. 16 van het ontwerp van richtlijn van de EC een goede maatstaf voor de bepaling van de toelaatbare duur van een overheidsopdracht. De duur van de opdracht moet o.i. redelijk zijn in het licht van de aard en het voorwerp van de overeenkomst, en in het bijzonder rekening houdend met de door de opdrachtnemer te maken investeringen en aangegane verplichtingen. De duur van de opdracht kan ook rekening houden met de betere voorwaarden die een bestuur kan bekomen in het licht van de duur van de opdracht (cf. schaalvoordeel) - daarbij kan het o.i. relevant zijn om te kijken naar de “marktgebruiken” voor bepaalde types van overeenkomsten ter verantwoording van de duur. Wel is het van belang dat de (lange) duur van de opdracht ook van in het begin duidelijk is en de opdracht als zodanig het voorwerp heeft uitgemaakt van een adequate mededinging die daarmee rekening heeft gehouden.

Uit het voorgaande blijkt dat er zeker beperkingen bestaat t.a.v. de duur van de opdracht, maar dat er anderzijds ook mogelijkheden zijn voor langdurige overeenkomsten voor zover deze het voorwerp uitmaken van een adequate mededinging (waarbij die duur duidelijk wordt vooropgesteld) en deze duur verantwoord kan worden in het licht van o.m. de aard van de opdracht.

Als algemene stelregel geldt o.i. dat de duur van een overheidsopdracht moet benaderd worden vanuit de vraag hoe lang dergelijke relatie in stand moet gehouden worden met het oog op een redelijke terugverdienmogelijkheid in hoofde van de partner. Zeker indien deze laatste aanzienlijke investeringen moet doen om bijvoorbeeld een bepaalde exploitatie mogelijk te maken, is het verdedigbaar dat dergelijke overeenkomst een aanzienlijke looptijd kent.

(II) Wijzigingen aan de overeenkomst

Een ander aspect van de wetgeving overheidsopdrachten – dat recent meer in de belangstelling is gekomen – betreft de vraag naar de toelaatbare wijzigingen van een overheidsopdracht tijdens de uitvoering van de opdracht. Het Hof van Justitie heeft zich wel uitgesproken over de vraag in welke mate aanpassingen aan een gegunde overheidsopdracht mogelijk zijn na contractsluiting, zonder dat tot een nieuwe bevraging moet worden overgegaan.⁸² Daarbij wordt aanvaard dat niet iedere wijziging tot een nieuwe bevraging moet leiden voor zover geen “wezenlijke” wijzigingen aangebracht worden.

De wijzigingen mogen meer bepaald “*geen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en derhalve doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst*”. In die gevallen is volgens het Hof sprake van een “nieuwe opdracht”, die het voorwerp had moeten uitmaken van een bevraging.

Een wijziging is volgens het Hof van Justitie wezenlijk indien:

- zij mogelijks een impact zou hebben gehad op de bevragingsprocedure (doordat andere inschrijvers zouden toegelaten zijn tot de procedure cq. de rangschikking erdoor beïnvloed zou worden)
- wanneer de scope van de overeenkomst uitgebreid cq. gewijzigd wordt (opmerking; er bestaat vooralsnog enige onduidelijkheid omtrent de draagwijdte hiervan – o.i. zijn alleszins “aanzienlijke wijzigingen” delicaat);
- wanneer zij het “economisch evenwicht” van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarde van de oorspronkelijke overeenkomst niet was bedoeld.

Specifiek inzake PPS kan ook gewezen worden op de communicatie van de Europese Commissie over de geïnstitutionaliseerde PPS⁸³:

“Volgens de Commissie vereist het beginsel van transparantie dat in het aanbestedingsstukken duidelijk wordt aangegeven welke mogelijkheden er bestaan om de overheidsopdracht of de concessieovereenkomst die aan de entiteit met gemengd kapitaal

⁸² Princiëpsarrest: H.v.J. 19 juni 2008, C-454/06, Pressetext.

⁸³ Interpretatieve mededeling van de commissie over toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS), 2008/C-91/02, overweging 2.3.5.

zal worden gegund, te verlengen, te wijzigen of uit te breiden. In het aanbestedingsstukken zou ten minste moeten worden aangegeven hoe vaak dat kan gebeuren en onder welke voorwaarden. Deze informatie moet voldoende gedetailleerd zijn om een eerlijke en doeltreffende mededinging te garanderen.”⁸⁴

Het is dus van belang om in de overeenkomst zoals die het voorwerp uitmaakt van de mededinging ook meteen de mogelijkheden inzake wijzigingen / uitbreidingen te regelen. Daarbij beschikt de overheid evenmin over een absolute vrijheid. Het Hof van Justitie heeft reeds uitdrukkelijk bevestigd dat, zelfs indien de wijzigingsmodaliteit uitdrukkelijk in de overeenkomst is voorzien, de toepassing van een contractueel voorziene wijzigingsmogelijkheid toch nog een nieuwe opdracht kan uitmaken indien het gewijzigde element “een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst”.⁸⁵ Op een bepaald tijdstip is het altijd noodzakelijk om de overeenkomst aan gewijzigde omstandigheden aan te passen: alvast op dat ogenblik zal de aanbestedende overheid opnieuw een marktbevraging moeten doen⁸⁶.

In het kader van een langdurige samenwerking zal het inderdaad van groot belang zijn erover te waken dat zich geen aanzienlijke wijzigingen voordien, die maken dat er de facto een nieuwe opdracht ontstaan is. Om aan die zorg tegemoet te komen kan de overeenkomst eerder flexibel worden opgevat en enkele mogelijke aanpassingen reeds regelen, maar dan nog lijkt het van belang dat de aanbestedende overheid over de nodige mechanismen beschikt om een nieuwe bevraging te organiseren indien sprake dreigt te zijn van een wezenlijke wijziging.

(c) **Publiek-publieke samenwerking**

In het kader van projecten zoals ECP-projecten is de kans reëel dat er diverse publieke entiteiten onderling samenwerken. Verschillende publieke entiteiten kunnen de krachten bundelen om een energieconversiepark uit te bouwen. Zo denken we alvast aan samenwerking tussen intercommunale afvalverwerkingsmaatschappijen en de lokale besturen-deelnemers.

Het gegeven van een publiek-publieke samenwerking betekent niet meteen dat de regelgeving

⁸⁴ De Commissie heeft haar visie omtrent deze problematiek en haar lezing van de rechtspraak van het HvJ terzake ook nader geduid in haar nieuwe voorstellen van richtlijnen (zie bijv. art. 82 van het Voorstel van richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, 20 december 2011, COM(2011) 895 en art. 72 van het Voorstel van richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, 20 december 2011, COM(2011) 896).

⁸⁵ HvJ Wall C 91/08 dd. 13 april 2010, overweging 39: “Een vervanging van een onderaannemer kan, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen een dergelijke wijziging van een van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst vormen wanneer de omstandigheid dat een beroep is gedaan op een bepaalde onderaannemer en niet op een andere, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betrokken dienst, een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst, wat hoe dan ook door de verwijzende rechter dient te worden onderzocht”.

⁸⁶ A. BROWN, “When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in case C-454/06”, PPLR 2008, nr. 6, NA253.

overheidsopdrachten geen rol te spelen heeft. Zoals reeds aangegeven komt de overheidsopdrachtenregelgeving in het vizier telkens een aanbestedende overheid ten bezwarende titel werken, leveringen of diensten (laat) uitvoeren. Of de leverancier van het werk, het goed of de dienst een publieke of private entiteit is, is hierbij – in principe – van geen belang⁸⁷.

De formele overheidsopdrachtenregelgeving maakt heden⁸⁸ geen melding van publiek-publieke samenwerkingen (de uitzondering van het alleenrecht nagelaten⁸⁹). Om de heersende rechtsonzekerheid in de mate van het mogelijke weg te werken heeft de Europese Commissie op 4 oktober 2011 een werkdocument gepubliceerd dat expliciet ingaat op deze problematiek⁹⁰. Het document is niet juridisch bindend, maar kan toch als een belangrijke leidraad beschouwd worden. Verder is op 23 mei 2012 een conclusie van Advocaat-Generaal Trstenjak in de zaak *ASL Lecce* verschenen⁹¹. Hier opnieuw dient gezegd dat een dergelijke conclusie niet juridisch bindend is.

Het werkdocument analyseert de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie die ingaat op de problematiek van de publiek-publieke samenwerking. De Commissie ontwaart hierin twee belangrijke categorieën van samenwerking – beide categorieën kunnen overwogen worden in het kader van een ECP project.

(i) *Verticale / geïnstitutionaliseerde samenwerking – “inhouse” of “teckal”*

Opdat sprake zou zijn van een overheidsopdracht is vereist dat een aanbestedende overheid een “derde” middels een overeenkomst belast met het leveren van bepaalde prestaties. Een overheid mag steeds zelf “in regie” die prestaties verrichten: in dat geval kan bezwaarlijk sprake zijn van een overheidsopdracht.

In sommige gevallen kan de relatie van de aanbestedende overheid tot een dochteronderneming sterk beantwoorden aan dergelijk scenario van het zelf verrichten van de prestaties. Het betreft dan gevallen van verzelfstandiging die niet tot doel hebben om een rechtspersoon te creëren die in concurrentie treedt met commerciële ondernemingen, maar veeleer kaderen in de reorganisatie van het bestuur.

Onder de voorwaarden van het inmiddels welgekende Teckal-arrest⁹² van het Hof van Justitie, is

⁸⁷ Met betrekking tot de nutssectoren verwijzen wij naar artikel 1(7) van de Richtlijn 2004/17/EC.

⁸⁸ In het voorstel van Richtlijn betreffende de gunning van overheidsopdrachten van de Europese Commissie zoals ingediend bij het Europese Parlement en de Raad – COM (2011) 896 – worden diverse mogelijke vrijstellingen van de wetgeving overheidsopdrachten in geval van publiek-publieke samenwerking zoals die heden (enkel) het voorwerp uitmaken van de rechtspraak vooral van het Hof van Justitie wel uitdrukkelijk geregeld.

⁸⁹ Cf. infra.

⁹⁰ Werkdocument Europese Commissie inzake “publiek-publieke samenwerking” van 4 oktober 2011 (SEC 2011 – 1169).

⁹¹ Conclusie van Advocaat-Generaal V. Trstenjak van 23 mei 2011 in de zaak C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce.

⁹² HvJ 18 november 1999, C-107/98, Teckal.

een overheid niet verplicht om de wetgeving overheidsopdrachten toe te passen wanneer zij bepaalde taken om budgettaire en beheerkundige redenen toevertrouwt aan een afzonderlijke (publiekrechtelijke) rechtspersoon.

Alvorens tot die niet-toepasselijkheid te kunnen besluiten, zal – overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie – evenwel aan twee belangrijke voorwaarden moeten zijn voldaan. Het Hof van Justitie aanvaardt immers enkel dat een toewijzing niet als overeenkomst moet worden beschouwd, indien wordt gegund aan een rechtspersoon

- i) waarop de aanbestedende overheid een toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten
en
- ii) die tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.

Het Hof van Justitie heeft in de loop van de jaren verschillende verduidelijkingen geformuleerd inzake de precieze draagwijdte van die voorwaarden. Het zou ons voor voorliggende studie duidelijk te ver brengen om hierop uitgebreid in te gaan. We kunnen wel de volgende basisuitgangspunten meegeven:

- inzake het criterium “toezicht zoals op eigen diensten:

In dit criterium staat volgens het Hof van Justitie centraal de vraag of de aanbestedende overheid de beslissingen van de rechtspersoon waaraan de opdracht wordt toegewezen (doorslaggevend) kan beïnvloeden en er zijn wil kan aan opdringen. Dit kan uiteraard een hiërarchisch toezicht zijn, maar dit is niet noodzakelijk. Ook op basis van een analyse van zeggenschapsrechten, waaronder de controle op basis van aandeelhouderschap hetgeen op zichzelf evenwel niet determinerend is, kan voldaan zijn aan deze voorwaarde. Er zal m.a.w. telkens in concreto, in het licht van de wettelijke en statutaire bepalingen, moeten worden nagegaan of de aanbestedende overheid al dan niet de handelingen, gedragingen en beslissingen van de gebonden onderneming op determinerende wijze kan beïnvloeden. Een gewone beïnvloeding als meerderheidsaandeelhouder op grond van de vennootschapswetgeving volstaat niet.

Het Hof van Justitie stelde dat dit toezicht gezamenlijk kan worden uitgeoefend⁹³ (cf. bijvoorbeeld meerdere gemeenten die samen een intergemeentelijke vereniging houden).

⁹³ HvJ 13 november 2008, C-324/07, Coditel. In het ontwerp van richtlijn betreffende de gunning van overheidsopdrachten van de Europese Commissie zoals ingediend bij het Europese Parlement en de Raad – COM (2011) 896, geeft de Europese Commissie aan hoe zij dit “gezamenlijk toezicht” ziet – zie art. 11, 3 van het voorstel.

In het arrest Stadt Halle van 11 januari 2005⁹⁴ heeft het Hof van Justitie tenslotte besloten dat aan de eerste Teckal-voorwaarde in ieder geval niet voldaan is, zodra een particuliere onderneming in dit kapitaal deelneemt en dit ongeacht hoe groot dit aandeel is.

- inzake het criterium dat de entiteit “het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen”:
de activiteiten van de entiteit dienen zich hoofdzakelijk toe te spitsen op de aanbestedende dienst. Elke andere activiteit zou marginaal moeten zijn. Ook dit vergt steeds een uitgebreide analyse op basis van alle gegevens van het dossier. Zo lijkt het Hof van Justitie te aanvaarden dat dit criterium niet noodzakelijk belet dat de entiteit haar concrete diensten uiteindelijk richt tot derden-gebruikers die ook instaan voor haar vergoeding en dit op basis van een concessie die de aanbestedende overheid aan de entiteit heeft verleend.⁹⁵ De draagwijdte van deze uitspraak is evenwel nog niet geheel duidelijk.

Bij lezing van de criteria en de nadere invulling ervan, moet er rekening mee worden gehouden dat het Hof van Justitie in het verleden herhaaldelijk heeft onderstreept dat deze voorwaarden voor een beroep op de Teckal-uitzondering beperkend moeten geïnterpreteerd worden nu het een uitzondering betreft op een aantal belangrijke beginselen van het gemeenschapsrecht.⁹⁶

Concreet kan de inhouse-leer inhouden dat een aanbestedende overheid zonder enige marktbevraging een dochteronderneming kan belasten met het uitvoeren van bepaalde taken. Zo kan een gemeente de verwerking van de door haar verzamelde biomassa (bijvoorbeeld van bermbeheer) toevertrouwen aan haar (al dan niet samen met andere aanbestedende overheden gecontroleerde) dochteronderneming met wie zij een relatie heeft die beantwoordt aan voormelde voorwaarden. Een ECP-project dat bestaat uit de samenwerking tussen de gemeente (die over de biomassa beschikt) en haar “inhouse” dochteronderneming (die deze kan converteren tot energie en andere (herbruik)toepassingen, welke dan vervolgens “verkocht” wordt aan de gemeente) kan op die manier ontsnappen aan de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten.

Daarbij is verder op te merken dat onder de hiervoor besproken voorwaarden niet alleen de mededingingsregels van de overheidsopdrachtenreglementering niet spelen, maar dat de opdracht tevens niet onderworpen is aan het gelijkheidsbeginsel en de daaruit afgeleide verplichtingen voor het gunnen van contracten.⁹⁷

⁹⁴ H.v.J., Stadt Halle, C-26/03, 11 januari 2005.

⁹⁵ HvJ 11 mei 2006, C-340/04, Carbotermo SpA.

⁹⁶ H.v.J. Stadt Halle, nr. C-26/03, 11 januari 2005 en H.v.J., Parking Brixen GmbH, nr. C-458/03, 13 oktober 2005.

⁹⁷ Zie in dat verband H.v.J. Parking Brixen GmbH t. Gemeinde Brixenn, nr. C-458/03, 13 oktober 2005, overweging 60 e.v.

Tevens zal de gemeente o.i. in haar bestekken voor het maaien van de bermen ook een clause kunnen opnemen op grond waarvan de uitvoerder de biomassa afkomstig van het bermbeheer moet bezorgen aan de “inhouse-dochter” van de gemeente.

De inhouse-leer kan ook inhouden dat diverse publieke entiteiten onderling zouden kunnen overwegen om een gezamenlijke dochteronderneming op te richten die op hun vraag een ECP-project ontwikkelen. Wel moet daarbij dan steeds waakzaam worden omgegaan met eventuele uiteindelijke dienstverleningsrelaties tegen vergoeding tussen de gemeenten onderling, welke immers niet evident vrijgesteld zullen zijn van de wetgeving overheidsopdrachten.

(ii) *Horizontale / niet-geïstitutionaliseerde samenwerking*

Publieke entiteiten kunnen ook op contractuele basis de handen in elkaar slaan. In dat geval is er sprake van een horizontale of niet-geïstitutionaliseerde publiek-publieke samenwerking.

Het arrest Commissie/Duitsland⁹⁸ geldt hier als referentiepunt. De E.C. heeft uit die rechtspraak de volgende voorwaarden afgeleid om te stellen dat er sprake is van een samenwerking die niet aan de wetgeving overheidsopdrachten onderworpen is:

- Er zijn enkel aanbestedende overheden betrokken; er is geen deelneming in privékapitaal.
- De overeenkomst heeft als eigenschap dat het gaat om een echte samenwerking die, anders dan bij een normale overheidsaanbesteding, de gezamenlijke vervulling van een gemeenschappelijke taak tot doel heeft.
- De samenwerking berust alleen op overwegingen die verband houden met het openbaar belang.

Daarbij wordt aangegeven dat dit impliceert dat er geen marktgerichtheid is. In het ontwerp van richtlijn wordt dit geconcretiseerd – er wordt als voorwaarde vooropgesteld dat de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 10 % van de omzet uit de activiteiten die relevant zijn in het kader van de overeenkomst halen

- Bovendien wordt aangenomen dat er in deze gevallen ook slechts financiële tegemoetkomingen zijn die ertoe strekken een bijdrage te vormen in de reële kosten.

De draagwijdte van deze rechtspraak is nog niet geheel duidelijk en in alle geval zal het moeten gaan om een “waarachtige” (“genuine”) samenwerking. Anders gesteld, er dient sprake te zijn van

⁹⁸ HvJ 9 juni 2009, C-480/06, Commissie/Duitsland.

een uitwisseling tussen de verschillende publieke entiteiten. Indien de rol van één entiteit zich beperkt tot het leveren van een goed of dienst en hiervoor enkel een betaling ontvangt, dan dient opnieuw aan de vereisten van de overheidsopdrachtenregelgeving te worden voldaan. Een taakverdeling teneinde de vervulling van de voormelde gemeenschappelijke overheidstaak is daarentegen wel mogelijk.

In het kader van afvalverwerking lijkt het ons bijvoorbeeld, afhankelijk van de concrete afspraken en context, verdedigbaar dat een publiek afvalverwerkingsbedrijf instaat voor de verwerking/verbranding van het afval, terwijl de gemeenten instaan voor het ophalen ervan.

(iii) *Andere*

Daarnaast kan kort melding gemaakt worden van enkele andere figuren die een samenwerking tussen aanbestedende overheden kunnen verantwoorden binnen het kader van de wetgeving overheidsopdrachten:

- Een aanbestedende overheid zou aan een andere aanbestedende overheid een **exclusief recht kunnen toekennen**, waarvoor evenwel moet voldaan zijn aan de volgende voorwaarden:
 - Deze uitzondering geldt enkel voor opdrachten voor diensten;
 - de opdracht moet worden gegund aan een aanbestedende dienst;
 - het exclusief recht moet toegekend worden op grond van een wettelijke of reglementaire bepaling;
 - er moet een exclusiviteit worden toegekend: de aanbestedende overheid die aan de andere aanbestedende overheid een exclusief recht toekent, moet zich derhalve het recht ontfeggen om dezelfde diensten af te nemen bij derden.
 - het exclusief recht moet verenigbaar zijn met het EU-verdrag. Vaak zal deze voorwaarde aanzienlijke vragen doen rijzen in het licht van het vrij verkeer van diensten. In het voornoemde werkdokument van de EC inzake publiek-publieke samenwerking (p. 24) wordt uitdrukkelijk gesteld dat het uitsluitend recht om verenigbaar te zijn met het Europees recht gerechtvaardigd moet zijn door een in het Verdrag genoemde uitzondering (openbaar gezag, openbare orde, openbare veiligheid of gezondheid) dan wel, in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, door dwingende redenen van algemeen belang, die geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder

mogen gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in ieder geval zonder discriminatie moeten worden toegepast.

De draagwijdte van deze uitzondering is heden bijkomend onduidelijk geworden, doordat de specifieke uitsluiting voor exclusieve rechten of alleenrechten in de bestaande richtlijn 2004/18/EG – 2004/17/EG niet meer lijkt te zijn hernomen in de nieuwe voorstellen van richtlijn inzake overheidsopdrachten.

o **De bevoegdheidsoverdracht:**

Ook wanneer een aanbestedende overheid haar eigen bevoegdheid daadwerkelijk overdraagt aan een andere overheid zal niet zonder meer sprake zijn van een overheidsopdracht. In het verleden is in de rechtspraak van de Raad van State ook besloten tot de niet-toepasselijkheid van de wetgeving overheidsopdrachten in de relatie tussen twee aanbestedende diensten, indien sprake is van een bevoegdheidsoverdracht door de ene overheid aan de andere⁹⁹.

Er moet dan wel sprake zijn van een werkelijke overdracht van een bepaalde bevoegdheid en geen “verkapte” overheidsopdracht doordat diverse zeggenschapsrechten voorbehouden worden aan de overheid en / of de overgedragen materie zich geenszins leent tot een zeker “beleid”. De nota inzake publiek-publieke samenwerking van de Europese Commissie distilleert uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de overdracht van bevoegdheden niet heeft plaatsgevonden, wanneer:¹⁰⁰

- De overheidsinstantie die oorspronkelijk bevoegd is, hoofdverantwoordelijke blijft voor een project omdat zij een wettelijke verplichting heeft waaraan zij zich niet kan onttrekken;
- De nieuwe entiteit alleen dan geldig kan handelen nadat de oorspronkelijke bevoegde overheidsinstantie haar goedkeuring heeft verleend, en
- De nieuwe entiteit door de oorspronkelijke bevoegde overheidsinstantie wordt gefinancierd voor het vervullen van haar taken, met als gevolg dat zij geen manoeuvreerruimte heeft.

⁹⁹ Zie het principearrest nr. 21.624 van 2 december 1981

¹⁰⁰ Werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende overheden (“publiek-publieke samenwerking”) - het betreft een officieuze vertaling van het Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (public-public cooperation), SEC (2011) 1169, van 4 oktober 2011.

5.3 Aanbestedingsregels & milieuoverwegingen: mogelijkheden inzake “duurzaam inkopen”

De aandacht voor het milieu speelt een belangrijke rol in het opzetten van ECP-projecten en ook in de diverse deeltrajecten daarvan, zoals het verwerven van biomassastromen.

Niet alleen is het milieu een van de uitgangspunten die leiden tot het opzetten van een ECP-project (m.a.w. het voorwerp van het project is reeds “groen” en de diverse contractuele relaties zullen daardoor ingegeven zijn – bijv. aankoop biomassa, bouw van een vergistingsinstallatie om energie te creëren), ook daarnaast valt te verwachten dat de verschillende partners van het ECP project voorwaarden wensen op te leggen aan de diverse contractanten om de optimale duurzame doelstellingen van het project te garanderen (maximaal rendement van de installaties, minimale uitstoot van emissies, mogelijkheden nuttig hergebruik van bepaalde stoffen, ...).

Zoals u zelf ook reeds aangaf, is het zo dat het invoegen van milieu-gerelateerde voorwaarden in het aanbestedingsproces in oorsprong met de nodige terughoudendheid wordt benaderd. Onder het mom van een bezorgdheid om het milieu is het immers mogelijk om beperkende voorwaarden op te leggen in het kader van een opdracht die de mededinging beperken en finaal zelfs ondernemingen uit een andere lidstaat de facto uit te sluiten.

Meer en meer wordt het belang van milieu-gerelateerde voorwaarden in het kader van het aankoopbeleid van de overheid erkend. Vele van deze mogelijkheden zijn ondertussen opgenomen in de Europese en Belgische regelgeving, andere vinden hun rechtsgrond in rechtspraak. De Europese Commissie heeft recent enkele belangrijke initiatieven genomen om “groene overheidsopdrachten” te stimuleren en te ondersteunen. Zo heeft zij een “handboek inzake groene overheidsopdrachten” uitgegeven waarin enkele krijtlijnen worden vastgelegd.¹⁰¹ Tevens heeft zij voorbeelden van groene criteria en eisen voorbereid, waarbij evenwel op te merken is dat deze in eerste instantie betrekking hebben op eerder standaardopdrachten zoals opdrachten inzake aankoop van papier, schoonmaakdiensten, elektriciteit, ...¹⁰²

De voornaamste principes waartegen het gebruik van milieuvorwaarden of – criteria moet afgewogen worden, zijn:

- de prijs-kwaliteitverhouding die geldt als uitgangspunt van de inmededingingstelling in het kader van een overheidsopdracht, m.n. het beginsel van de “economisch meest voordelige inschrijving”;
- de zorg voor een voldoende mededinging en in het bijzonder het beginsel van non-discriminatie, gelijkheidsbeginsel, de transparantieplicht en de evenredigheid.

¹⁰¹ Er is inmiddels een tweede uitgave beschikbaar van 2011.

¹⁰² Zie voor informatie terzake <http://ec.europa.eu/environment/gpp>.

Hoewel milieu-gerelateerde voorwaarden en criteria dus in principe aanvaard worden, durft de praktische toepassing nog problemen te stellen.

Ons inziens moeten steeds de volgende algemene krijtlijnen in acht genomen worden:

- de eisen of criteria moeten op de ene of de andere manier nog **voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht** en dus relevant zijn om het beste voorstel te achterhalen, met dien verstande dat dus wel degelijk rekening kan gehouden worden met het milieubeleid van het bestuur via diens visie inzake de eigenschappen of milieu-effecten van een bepaald product of procédé;
- de eisen of criteria mogen **niet-discriminerend** zijn en ze moeten **transparant en duidelijk** zijn vooropgesteld¹⁰³, waarbij erover moet gewaakt worden dat de verstrekte gegevens in de offertes ook afdoende **meetbaar en objectief** zijn;
- de eisen of criteria moeten ook **redelijk zijn en daadwerkelijk kunnen bijdragen** tot de beoogde milieudoelstellingen.

Als uitgangspunt geldt ook dat eisen die louter betrekking hebben op de milieuvriendelijkheid van de onderneming als zodanig (zoals management, globaal energieverbruik en ratio hernieuwbare energie, ...) niet evident in aanmerking kunnen genomen worden omdat er geen verband is met de dienst of het product dat de aanbestedende overheid wenst aan te kopen of zelfs met het vermogen van de onderneming om die dienst of product te leveren. Wel kan gepeild worden naar de mogelijkheden en het vermogen van de kandidaat-opdrachtnemer om milieubeheermaatregelen toe te passen bij de uitvoering van de opdracht zelf.

In wat volgt wordt het standaard-aanbestedingsproces stap per stap besproken. Meer specifiek worden de mogelijkheden besproken om milieu-gerelateerde voorwaarden of wensen in te voegen:

- in het kader van de vaststelling van de “opdrachteisen”, m.n. het voorwerp van en de technische specificaties;
- in het kader van de selectie-eisen die gelden bij het bepalen van de geschikte kandidaten (cf. selectiefase);
- in het kader van de gunningcriteria, op basis waarvan de offertes onderling vergeleken zullen worden;
- voor de uitvoering van de opdracht, m.n. de uitvoeringsclausules.

¹⁰³ Zie bijvoorbeeld HvJ 10 mei 2012, C-368/10, EC t Koninkrijk der Nederlanden, ow. 109 e.v.

(a) *Het voorwerp en de technische specificaties*

De aanbestedende overheid is in beginsel vrij om het voorwerp van de aanbesteding te bepalen. Zij kan beslissen om een “duurzaam” goed te verwerven of een project zoals een ECP op te zetten. Zij beschikt dan ook over een ruime marge om milieu-gerelateerde overwegingen in deze fase een rol te laten spelen, en dit bij het bepalen van het eigenlijke voorwerp van haar opdracht en de omschrijving ervan. Zo kan een titel waarin de milieu-gerelateerde dimensie doorschemert van groot nut zijn. De mate waarin in de latere fasen van het aanbestedingsproces milieu-gerelateerde voorwaarden mogelijk zijn, dient immers verband te houden met het voorwerp van de aanbesteding.

In het bestek verduidelijkt de aanbestedende overheid het voorwerp aan de hand van technische specificaties. Daarbij zal men oog moeten hebben voor de evenredigheid en een verantwoording moeten hebben voor de gemaakte keuzes. In de context van het ECP project kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het opleggen van een keuze voor de verwerking van bepaalde biomassa waarover de betrokken overheid net veel beschikt. Zo ook kan de installatie die verworven wordt in het kader van een aanbesteding aangepast worden aan de bestaande infrastructuur dienstig voor een ECP. Zo zou IOK die reeds over een composteerinstallatie beschikt, een vergister kunnen aankopen of een partner kunnen zoeken voor de realisatie ervan én het verwerkingsproces.

Uiteraard mag het voorwerp niet zo bepaald worden dat dit de facto de mededinging onmogelijk maakt dan wel zonder meer bepaalde ondernemingen discrimineert, zeker indien daarvoor geen goede redenen bestaan (bijvoorbeeld indien andere producten zonder meer gelijkwaardig zijn dan datgene beschreven in het bestek).

Milieukenmerken kunnen verder uitdrukkelijk meespelen bij de technische specificaties van een opdracht¹⁰⁴. Als uitgangspunt geldt dat deze specificaties in beginsel moeten bijdragen tot de kenmerken van het product of de dienst zodat deze beantwoordt aan het gebruik waarvoor het bestuur het bestemt. Er bestaat nog enige onduidelijkheid omtrent de concrete draagwijdte van de eisen inzake de link met het voorwerp van de opdrachten en de mate waarin de milieuvoorwaarde concreet moeten bijdragen tot het prestatieniveau van het product of de dienst, los van de milieueffecten daarvan. Meer en meer lijkt evenwel te worden aanvaard dat milieuvoorwaarden kunnen voorzien worden als technische specificatie voor zover er een voldoende duidelijk verband is met het voorwerp van de opdracht en een objectieve verantwoording voor de gestelde eisen.

Daarbij kunnen de specificaties ook gebaseerd zijn op performantievoorwaarden veeleer dan op technische waarden. Er kan bij de technische specificaties ook rekening gehouden worden met

¹⁰⁴ Zie o.m. art. 26 van de Richtlijn 2004/18/EG.

keurmerken, de keuze van bepaalde grondstoffen of materialen of zelfs met de milieuvriendelijkheid van het productieproces.

In alle geval moeten de technische specificaties van een opdracht aan de volgende algemene voorwaarden beantwoorden:

- Ze dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht. Een voorbeeld verduidelijkt deze vereiste: een aanbestedende overheid kan als technische specificatie invoegen dat de elektriciteit die de leverancier gebruikt om het goed of de dienst te produceren en te leveren, op een milieuvriendelijke manier verwekt wordt. De eis dat de leverancier alle elektriciteit in diens bedrijf milieuvriendelijk dient te zijn, is echter een brug te ver.
- De milieu-gerelateerde voorwaarden mogen het vrij verkeer en de vrije mededinging niet beperken.
- Ze mogen niet discrimineren tussen kandidaten. Iedere aanbesteding dient open te staan voor alle kandidaten die aan de nodige objectieve voorwaarden voldoen.
- De eisen zullen o.i. ook redelijk moeten zijn en daadwerkelijk moeten kunnen bijdragen tot de doelstellingen.

Er moet bij de keuze van het voorwerp van de opdracht en de technische specificaties voldoende aandacht gaan **naar de verantwoording voor beperkende eisen**: zeker indien andere gelijkwaardige alternatieven voorhanden zijn en de eisen dermate strikt zijn dat ze sterk mededingingsbeperkend zijn, kan het risico bestaan dat de vooropgestelde milieunorm discriminerend of strijdig met de wetgeving overheidsopdrachten (en in het bijzonder ook het evenredigheidsbeginsel) wordt bevonden. Dit risico kan soms een reden zijn om te werken met gunningcriteria die milieuprestaties sterk waarderen zonder dermate specifieke eisen op te leggen dat de marktspeeling beperkt wordt.

Het voorgaande belet niet dat veelal via de technische specificaties van een opdracht concrete doelstellingen inzake milieu kunnen nagestreefd worden, met dien verstande dat heden vooral nog enige onduidelijkheid overeind blijft inzake de mate waarin milieuvorwaarden moeten bijdragen aan de performantie van de aan te kopen levering of dienst.

O.i. kan inzake de aanlevering van biomassa gedacht worden aan technische specificaties die verband houden met:

- de kwaliteit van aangevoerde biomassa, al dan niet gecombineerd met strikte uitvoeringsvoorwaarden inzake tijdstip van het maaien, hoogte van bermgrassen...;
- de indeling van de biomassa in homogene stromen;

- de performantie van het procedé met het oog op de productie van hoogwaardige eindproducten van het verwerkingsproces.

Wij begrijpen dat sommige besturen mogelijk ook aan het bermbeheer bepaalde eisen inzake de duurzame verwerking van de verwerkte grassen wensen te koppelen. Meer in het bijzonder zou aan de dienstverlener worden opgelegd erover te waken dat het maaisel het voorwerp vormt van een duurzaam verwerkingsproces. Hoewel dergelijke voorwaarde ons als zodanig niet uitgesloten lijkt, komt het ons voor dat deze vereiste wel aanzienlijke bijkomende inspanningen kan vergen van de dienstverlener inzake het maaien van de bermen. Indien de meerkost en de inspanningen terzake inderdaad aanzienlijk zijn en men daarop enige controle wenst te behouden, betreft dit als zodanig quasi een onderdeel van de opdracht. Ons inziens is het in die gevallen van belang om dit ook afdoende tot uitdrukking te brengen in het voorwerp van de opdracht, zodat het voor eenieder duidelijk is dat aan het bermbeheer tevens de milieuvriendelijke verwerking van het maaisel gekoppeld is. Zo zou dergelijke opdracht kunnen aangeduid worden als “duurzaam bermbeheer m.i.v. de verwerking ervan”. De betrokkene kan dan desgevallend voor de verwerking van het maaisel uiteraard beroep doen op een onderaannemer die terzake over een duurzaam verwerkingsproces beschikt.

Een duidelijk aandachtspunt bij technische specificaties is verder uiteraard het garanderen van de naleving ervan. Niet alleen moet een inschrijving “conform” zijn ten tijde van de beoordeling van het voorstel, ook tijdens de uitvoering moet de naleving van deze eisen gegarandeerd worden. Er moet m.a.w. duidelijk aandacht gaan naar de monitoring van de technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden.

Volledigheidshalve kan opgemerkt worden dat kan gewerkt worden met keurmerken, voor zover deze niet exclusief worden opgelegd in die zin dat ondernemingen die niet over het keurmerk beschikken kunnen aantonen dat de door hen gehanteerde producten / procédés wel degelijk beantwoorden aan de eisen / criteria die aan de grondslag liggen van het keurmerk. Het keurmerk is m.a.w. veeleer een bewijsmiddel en het is aan te raden dat de aanbestedende overheid dit duidelijk zo benadert. Het zal ook duidelijk moeten zijn welke de eisen en specificaties net zijn, zodat men beter in het bestek die technische specificaties duidelijk opgeeft en daarbij voorziet dat keurmerken X en Y daaraan beantwoorden in plaats van te vertrekken van een keurmerk als zodanig.

(b) *De selectiecriteria*

Er bestaan twee vormen van selectiecriteria. De eerste vorm leidt – negatief – tot een uitsluiting van een inschrijver (uitsluitingscriteria). De tweede vorm leidt – positief – tot een keuze voor een inschrijver (geschiktheidscriteria).

Op het vlak van de uitsluitingscriteria zijn de mogelijkheden beperkt. Het is mogelijk een inschrijver uit te sluiten wegens overtreding van milieuwetgeving in de mate dit dan een ernstige beroepsfout zou inhouden.¹⁰⁵

Op het vlak van de geschiktheidscriteria kunnen milieu-gerelateerde overwegingen echter een belangrijke rol spelen, met dien verstande dat men niet zonder meer mag nagaan of een bepaalde onderneming “milieuvriendelijk” is. Recent nog oordeelde het Hof van Justitie dat niet zonder meer kan geëist worden dat ondernemingen “duurzaam inkopen” en “maatschappelijk verantwoord ondernemen”¹⁰⁶, met name in het bepalen van de technische geschiktheid van de inschrijver. Zo kan de aanbestedende overheid bijvoorbeeld specifieke beroepskwalificaties van de inschrijver vragen en via referenties van eerdere opdrachten vragen naar de ervaringen van de inschrijvers. In het geval van het EPC project kan dus als voorwaarde gesteld worden dat de inschrijver al ervaring heeft opgedaan in gelijkaardige projecten. De aanwezigheid van de nodige technische of onderzoeksfaciliteiten kan een andere voorwaarde zijn. In bepaalde opdrachten kan ook gevraagd worden naar de beroepskwalificaties van het personeel en de passende opleiding ervan in het licht van de opdracht (bijvoorbeeld indien er gewerkt moet worden met gevaarlijke producten, ...).

De wetgeving overheidsopdrachten laat verder uitdrukkelijk toe dat in bepaalde gevallen milieubeheersystemen kunnen gehanteerd worden voor zover deze relevant zijn in het licht van het voorwerp van de opdracht. EMAS-certificaten kunnen dan dienen als bewijsmiddel van het gegeven dat het bedrijf in staat is om beheermaatregelen toe te passen.

Zoals hoger aangegeven, moet algemeen en dus ook inzake de selectie-eisen rekening gehouden worden met de spanning tussen milieu-gerelateerde voorwaarden en de vereisten die het EU recht stelt. De verhouding tussen de milieu-gerelateerde voorwaarden en de daaruit resulterende belemmering van het vrij verkeer en de vrije mededinging dient proportioneel te zijn. Daarbij moet er vooral ook over gewaakt worden in afdoende mate “vergelijkbare” opdrachten in rekening te brengen en niet louter te vragen naar quasi identieke opdrachten hetgeen de mededinging al te sterk zou beperken. Bij specifieke “eisen” inzake bekwaamheid van personeel (bijvoorbeeld vertrouwde van het personeel met en eventuele opleidingen inzake bierbeheer met het oog op respect voor biodiversiteit en een optimale inzameling van de biomassa met het oog op de verwerking ervan) zou dit – zeker in een beginstadium waarin nog niet veel ondernemingen ervaring terzake zouden hebben – delicaat kunnen zijn indien de mededinging daardoor te sterk wordt beperkt. Veel hangt dus in de realiteit ook samen met de motivering van de maatregel in het

¹⁰⁵ Zulk een overtreding kan beschouwd worden als een ‘ernstige fout’ in de zin van de artikelen 17, 39 en 50 van het KB van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten. Daarbij moet er wel een afdoende link zijn met de beroepsuitoefening – zie ook het Handboek inzake groene overheidsopdrachten van de EC (uitgave 2011), p. 45.

¹⁰⁶ HvJ 10 mei 2012, C-368/10, EC t Koninkrijk der Nederlanden.

licht van enerzijds de doeltreffendheid in het licht van het voorwerp van de opdracht en anderzijds de impact op de mededinging.

(c) *Gunningscriteria*

In de beslissing om de opdracht definitief toe te kennen kunnen milieuoverwegingen zeer zwaar doorwegen. De Belgische wet op de overheidsopdrachten maakt expliciet melding van deze mogelijkheid.¹⁰⁷

Een aanbestedende overheid kan – in functie van de gekozen aanbestedingsvorm – ofwel beslissen de opdracht toe te wijzen aan de inschrijver met de laagste prijs, ofwel aan de inschrijver die het beste evenwicht tussen prijs en kwaliteit aanbiedt. Onder kwaliteit worden diverse aspecten verstaan. De gunningcriteria kunnen uitdrukkelijk verband houden met de milieukeurmerken.

De principiële mogelijkheid om milieuoverwegingen als gunningscriterium te hanteren, is opnieuw aan voorwaarden onderworpen. Europese rechtspraak heeft deze voorwaarden scherp gesteld¹⁰⁸:

- De milieu-gerelateerde gunningscriteria dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht;
- Ze mogen geen onbeperkte keuzevrijheid openlaten voor de aanbestedende overheid (wat impliceert dat ze specifiek en objectief meetbaar moeten zijn – het moet mogelijk zijn een objectief waardeoordeel te maken en de offertes op die basis te vergelijken);
- Ze dienen uitdrukkelijk vermeld te worden in de aankondiging en het bestek;
- Ze dienen in overeenstemming te zijn met de grondbeginselen van het EU-recht (met name de beginselen van non-discriminatie, wederzijdse erkenning, transparantie en proportionaliteit).

Er kunnen diverse **voorbeelden van criteria** gegeven worden die rekening houden met milieuoverwegingen, zoals

- Energieverbruik

¹⁰⁷ Zie artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

¹⁰⁸ Zie hiervoor HvJ 17 september 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, overweging 64; HvJ 4 december 2003, C-448/01, EVN AG en Wienstrom GmbH, overweging 33 en recent HvJ 10 mei 2012, C-368/10, EC t Koninklijk der Nederlanden; D. D'HOOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 503.

- Waterverbruik
- Emissiebeperking
- Levenscycluskosten
- De mate waarin gebruik wordt gemaakt van energie uit hernieuwbare bronnen

Hoewel we dienaangaande niet meteen expliciete aanwijzingen hebben teruggevonden, lijkt het ons dat ook rekening kan gehouden worden met het aandeel hoogwaardige toepassingen / producten die resulteren uit een bepaald procedé, zoals bijvoorbeeld eiwitten, vezels, ... Veel van de voorbeelden die ook de EC geeft, wijzen er immers op dat gunstige bijeffecten van een procedé in de zin van gereduceerd verbruik van water / energie of beperking van emissies toelaatbaar zijn als gunningcriterium. Ook deze aspecten zijn niet zonder meer inherent aan het voorwerp van de opdracht maar houden er wel voldoende mee verband omdat zij er een zijeffect van zijn; het lijkt ons dan ook verdedigbaar dat men kan rekening houden met de voorstellen van de inschrijvers inzake nuttig hergebruik van bepaalde eindresultaten van een procedé. Mogelijk kan dit ook financieel verrekend worden, in de mate de financiële baten van die eindproducten toekomen aan de overheid dan wel de kost van het procedé kunnen drukken. Wel zal steeds een goede verantwoording moeten bestaan van de juiste omschrijving van het criterium en de daarin impliciet gestelde eisen. Zo bijvoorbeeld zou een criterium dat peilt naar het aantal soorten herbruikproducten dat gerecupereerd wordt onder druk kunnen komen te staan indien er geen enkele goede reden is waarom het “aantal” soorten relevant zou zijn en niet eerder de verhoudingsgewijze totale recuperatie relevant is ongeacht de soort.

Gegeven de voornoemde voorwaarden is er dus wederom nood aan een case by case beoordeling.

Moeilijk te beoordelen in bepaalde gevallen is ongetwijfeld de mate waarin de (milieudoelstellingen die hun uitdrukking vinden in de) gunningcriteria nog een relevant verband houden met het voorwerp van de opdracht. Het is duidelijk dat niet vereist is dat het milieucriterium een economisch voordeel moet opleveren en dat de Europese instanties zich ervan bewust zijn dat beleidsoverwegingen inzake milieu moeten kunnen spelen in het kader van de beoordeling van de waarde van een voorstel zonder dat het daarom “economisch” of technisch zou gaan om een beter product of betere dienstverlening, maar de grenzen hiervan zijn nog niet duidelijk.

Het loutere gegeven dat de milieuoverwegingen zeer zwaar doorwegen in de beoordeling van de overheid en aldus slechts een kleinere groep inschrijvers goede voorstellen kan doen, is als zodanig evenwel geen bezwaar¹⁰⁹. Belangrijker is dat de criteria pertinent zijn in het licht van de opdracht en voldoende precies zijn. Aandacht moet zeker besteed worden aan de wijze waarop men de voorstellen van de inschrijvers zal kunnen beoordelen op waarachtigheid: zeker indien men

¹⁰⁹ HvJ 4 december 2003, C-448/01, EVN AG en Wienstrom GmbH, overwegingen 51 en 52.

concrete cijfers vraagt aan de inschrijvers, moet een en ander ook voldoende verifieerbaar zijn. Zo bijvoorbeeld zal men enigszins moeten kunnen verifiëren in welke mate de inschrijvers daadwerkelijk elektriciteit geproduceerd uit hernieuwbare bronnen zullen leveren indien men dit hanteert als een gunningcriterium.

Indien al mag worden aangenomen dat een gunningcriterium dat rekening houdt met de recuperatiemogelijkheden van nuttige stoffen uit een procedé kan gehanteerd worden, dan zal men ook moeten aangeven hoe dit gemeten wordt en moet men erover waken om de nodige verificatie te kunnen uitvoeren van de door de inschrijvers vooropgestelde voorstellen.

Er is tenslotte ook op te merken dat bepaalde gunningcriteria en technische specificaties op elkaar kunnen inspelen. Zo kan enerzijds geëist worden dat de CO₂-uitstoot maximum “x” mag bedragen, waarnaast men een gunningcriterium voorziet dat peilt naar de mate waarin de uitstoot minder zal zijn dan de maximum-uitstoot. Zeker indien de markt nog niet geheel klaar is voor bepaalde strenge eisen, kan dit een manier zijn om innovatieve ondernemingen met milieuvriendelijke procedés te stimuleren zonder evenwel de mededinging voor het overige te sterk te beperken.

(d) ***Uitvoeringsvoorwaarden***

Tot slot kunnen milieuoverwegingen ook een rol spelen in het vastleggen van de uitvoeringsvoorwaarden: in het bijzonder zal tijdens de uitvoering ook moeten gecontroleerd worden of datgene wat is vooropgesteld inzake prestatieniveau in de offerte ook daadwerkelijk wordt behaald.

Daarnaast kunnen – nog los van de technische specificaties als zodanig – specifieke uitvoeringsclausules voorzien worden bijvoorbeeld inzake de vervoermethode of verpakking van goederen vastgelegd worden. Zo zou inzake de aanlevering van biomassa kunnen geëist worden dat het transport gebeurt via milieuvriendelijke vervoersmiddelen alsook dat het transport enkel kan gebeuren “in bulk”.

Het onderscheid met de “technische specificaties” als zodanig is niet steeds duidelijk. De facto zijn de voornaamste krijtlijnen inzake de toelaatbaarheid van uitvoeringsclausules in sterke mate identiek aan de algemene voorwaarden, waaronder het feit dat geen sprake mag zijn van voorwaarden die een verkapte discriminatie in zich houden.

Zoals hoger aangegeven, zal het ook van belang zijn om in het kader van de uitvoeringsclausules in een afdoende monitoring te voorzien van de daadwerkelijke prestaties van de opdrachtnemer. Er moet gegarandeerd worden dat deze daadwerkelijk diens beloofde milieuvriendelijke prestaties naleeft.

(e) **Besluit**

Van een aanvankelijk weigerachtige houding is het aanbestedingsrecht opgeschoven naar een principiële aanvaarding van milieuoverwegingen. Vandaag kunnen milieuoverwegingen in aanzienlijke mate een rol spelen in elke fase van het aanbestedingsproces.

Het is daarbij van belang om reeds bij de aanvang van een opdracht voldoende duidelijke doelstellingen van de aanbesteding te formuleren. Deze kunnen vertaald worden in het voorwerp van de opdracht, in de technische specificaties / uitvoeringsvoorwaarden, in de selectie-eisen of in de gunningcriteria.

Moeilijkheden kunnen zich stellen in het vertalen van milieudoelstellingen in objectief meetbare criteria die redelijk zijn en voldoende verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht.

In het kader van ECP projecten zal men rekening houdend met het voorgaande én rekening houdend met de wijze waarop het project dan wel de diverse onderdelen ervan in de markt worden geplaatst de voorgaande beginselen in acht moeten nemen. De scope van de opdracht en de omschrijving van het voorwerp zullen daarbij een belangrijk startpunt zijn. De technische eisen en de gunningcriteria moeten daar steeds adequaat op afgestemd worden, en dit case by case. Zo bijvoorbeeld zullen de criteria / eisen verschillen in

- een bevraging waarbij men zoekt naar een partner voor de realisatie van een ECP-project, waarin deze partner studies moet verrichten, een installatie moet bouwen en deze vervolgens in het kader van een JV deze zal exploiteren samen met het bestuur; en
- de diverse deelopdrachten indien het bestuur zelf het beheer van het ECP-project waarneemt, waarbij kan gedacht worden aan een opdracht voor het maaien van de bermen m.i.v. het bekomen van biomassa, waarbij bijvoorbeeld
 - o eisen kunnen gesteld worden aan de kwaliteit van de biomassa, de splitsing ervan in diverse homogene stromen, ...
 - o en/of criteria kunnen gehanteerd worden inzake
 - CO₂-emissie bij het transport
 - Garanties die geleverd worden inzake de optimale samenstelling van de biomassa
- een opdracht voor de bouw van een vergister, waarbij – indien de betreffende overheid zicht heeft op de huidige markt terzake – wellicht de eisen strikt kunnen bepaald worden en de criteria mogelijk voornamelijk slaan op de prijs van dergelijke vergister.

5.4 **Besluit taak 3**

Uit het voorgaande blijkt dat de wetgeving overheidsopdrachten (en het gelijkheidsbeginsel in het algemeen) de nodige aandacht moet krijgen indien een aanbestedende overheid een initiatief voor de realisatie van een ECP-project lanceert.

In elke stap van het proces moet aandacht gaan naar de identiteit van de partijen aan tafel, de aard van hun tussenkomst en de verantwoording ervoor in het licht van het gelijkheidsbeginsel / de wetgeving overheidsopdrachten. Daarbij is het van belang tijdig de verhoudingen te bestuderen, zodat men niet in een onwettige situatie verzeild geraakt en de inmiddels opgewerkte verwachtingen van de andere partijen moet schenden.

Het is onmogelijk om algemeen toepasbare regels uit te werken voor ieder ECP-project, maar voorgaand overzicht biedt wel een handleiding inzake de toepasselijkheid, de mogelijkheden en de beperkingen van de wetgeving overheidsopdrachten.

Voor elk project zal moeten onderzocht worden

- of en zo ja, op welk niveau de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing is rekening houdend met de aard van de samenwerking en de identiteit van de betrokken actoren

Er zal inderdaad in eerste instantie moeten nagegaan worden of de diverse samenwerkingen die een aanbestedende overheid zich voorneemt aan te gaan met anderen niet vallen onder de wetgeving overheidsopdrachten. Betreft de beoogde samenwerking al dan geen opdracht houdende het bekomen van werken, leveringen of diensten te bezwarende titel ten behoeve van de aanbestedende overheid? In voorkomend geval zal de aanbestedende overheid immers haar partners moeten aanduiden middels een of meerdere overheidsopdrachten.

Vaak zullen meerdere publieke overheden betrokken zijn bij een dergelijk project. Ook tussen aanbestedende overheden onderling moet waakzaamheid bestaan voor de wetgeving overheidsopdrachten. Indien de ene overheid aan de andere een opdracht geeft tegen een bepaalde tegenprestatie kan sprake zijn van een overheidsopdracht. Wel zijn er diverse uitzonderingen voorzien, op grond waarvan een publiek-publieke samenwerking alsnog buiten de wetgeving overheidsopdrachten valt. Een belangrijke uitzondering is de inhouse-leer die vaak t.a.v. zuiver publieke dochterondernemingen zal kunnen ingeroepen worden indien de moeder-aanbestedende overheid daaraan een taak toevertrouwt of een opdracht geeft. In sommige gevallen kan ook beroep worden gedaan op de horizontale samenwerking, m.n. indien de respectievelijke taken van de desbetreffende aanbestedende overheden in de praktijk een samenwerking impliceren om hun taken adequaat te vervullen.

- op welke wijze rekening kan gehouden worden met milieu/duurzaamheidsoverwegingen bij het opzetten van de aanbestedingsstrategie:

Er is gebleken dat mits naleving van enkele belangrijke beginselen er aanzienlijke mogelijkheden zijn om milieu-overwegingen te laten meespelen bij het bepalen van het voorwerp van de opdracht, de technische specificaties, de selectiecriteria en de gunningcriteria.

De voornaamste krijtlijnen daarbij zijn de volgende:

- de eisen of criteria moeten nog voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht en dus relevant zijn om het beste voorstel te achterhalen;
- de eisen of criteria mogen niet-discriminerend zijn en ze moeten transparant en duidelijk zijn vooropgesteld, waarbij erover moet gewaakt worden dat de verstrekte gegevens in de offertes ook afdoende meetbaar en objectief zijn;
- de eisen of criteria moeten ook redelijk zijn en daadwerkelijk kunnen bijdragen tot de beoogde milieudoelstellingen.

6 PRO MEMORIE - STEUNMECHANISMEN

De Vlaamse Regering plant de invoering van een steunmechanisme voor grote industriële installaties die groene warmte opwekken.¹¹⁰ Het zou met name een exploitatiesteun betreffen voor duurzame warmteprojecten. Deze exploitatiesteun zou de vorm krijgen van een premie op basis van de geproduceerde hoeveelheid warmte in de loop van de levensduur van de installatie.

Enkel grote installaties met een productiecapaciteit van meer dan 1 MWth zouden in aanmerking komen voor de exploitatiesteun. Bovendien zouden deze installaties aan een aantal voorwaarden moeten voldoen. Zo zouden ze nuttige groene warmte dienen te produceren, namelijk ruimte- en proceswarmte die wordt geproduceerd uit hernieuwbare energiebronnen om aan een economisch aantoonbare vraag te voldoen. Dit betekent dat de warmtevraag bij gebrek aan warmte zou worden ingevuld met andere (fossiele) energiebronnen. Warmte geproduceerd uit recycleerbaar biomassa-afval en hout zou tevens worden uitgesloten uit het toepassingsgebied.

De exploitatiesteun zou worden toegekend op basis van een call-systeem. De betreffende producenten zouden tien jaar lang een vast bedrag per geproduceerde hoeveelheid warmte kunnen krijgen. De maximale steun zou zes euro per megawattuur bedragen.

Tot slot zou het ontwerpbesluit voorzien in steun voor de injectie van biogas in het aardgasnet.

Thans is dit ontwerpbesluit van de Vlaamse Regering aangemeld bij de Europese Commissie, opdat deze zou kunnen nagaan of het geen ongeoorloofde vorm van staatsteun betreft. Waarschijnlijk zal het systeem na verder overleg met de Europese Commissie begin 2013 worden ingevoerd.

De steun geldt uiteraard enkel voor Energie Conversie Parken in Vlaanderen die aan de voorwaarden voldoen.

* * * *

¹¹⁰ Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 houdende algemene bepalingen over het energiebeleid, wat betreft de invoering van een steunregeling voor nuttige groene warmte.

7 BIJLAGE 1: VERGELIJKENDE MATRIX VOOR DE HAND LIGGENDE VENNOOTSCHAPSVORMEN

	NV	BVBA	CVBA	ESV
Notariële akte vereist voor oprichting?	Ja	Ja	Ja	Neen (bij overeenkomst)
Formaliteiten en publicatie inzake bestaan/oprichting?	Ja (neerlegging ter griffie van de Rechtbank van Koophandel en publicatie in Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad)	Idem als NV	Idem als NV	Idem als NV
Doelstelling	Winstoogmerk	Winstoogmerk	Winstoogmerk	Geen winstoogmerk voor zichzelf, alleen voor de leden; doelstelling subsidiair aan de leden (economische bedrijvigheid leden vergemakkelijken of ontwikkelen, dan wel de resultaten van die bedrijvigheid te verbeteren of te vergroten resultaten verbeteren of te vergroten).
Beperkingen inzake commerciële activiteiten (anders dan uitdrukkelijk contractueel bepaald)?	Neen	Neen	Neen	Activiteit van het ESV dient aan te sluiten bij en van ondergeschikte betekenis te zijn aan die van de leden (ook geen inmenging, buiten nastreven doel, in de uitoefening

				van de bedrijvigheid van haar leden.)
Beperkingen inzake activiteiten voor derden / niet-vennoten/leden (anders dan uitdrukkelijk contractueel bepaald)?	Neen	Neen	Neen	Ja (ESV staat in principe uitsluitend ten dienste van de leden)
Minimum aantal vennoten/leden?	2 (vennootschap wordt niet ontbonden indien het aantal vennoten zou dalen beneden 2 - wel wordt de enige vennoot na verloop van 1 jaar hoofdelijk aansprakelijk voor verbintenissen van de vennootschap)	Idem als NV. (Nochtans kan ook 1 enkele persoon een EBVBA oprichten: indien de oprichtende persoon een rechtspersoon betreft, is deze hoofdelijk aansprakelijk voor alle verbintenissen van de vennootschap (zolang deze rechtspersoon als enige vennoot).)	3 (vennootschap kan worden ontbonden indien aantal vennoten zou dalen beneden 3)	2 (ESV wordt ontbonden indien slechts 1 lid)
Rechtspersoonlijkheid?	Ja	Ja	Ja	Ja (maar fiscaal transparant voor inkomstenbelastingen)
Beperkte aansprakelijkheid voor de vennoten/leden?	Ja	Ja	Ja	Neen (maar leden kunnen pas aangesproken worden nadat ESV is veroordeeld)
Verplichte kapitaalvorming?	Ja	Ja	Ja	Neen (wel een eigen vermogen)
Kapitaal opgesplitst in vast en variabel gedeelte?	Neen; alleen vast kapitaal; kan alleen worden verhoogd en verlaagd	Neen; alleen vast kapitaal; kan alleen worden verhoogd en verlaagd	Ja; variabel gedeelte kan worden verhoogd en verlaagd zonder	Neen

	mits statutenwijziging	mits statutenwijziging	wijziging van de statuten	
Minimumkapitaal	61.500 EUR (het minimumkapitaal moet vanaf de oprichting volledig gestort zijn. Bovendien moet op ieder aandeel 1/4 worden gestort. De aandelen die inbrengen in natura vertegenwoordigen moeten binnen 5 jaar na de uitgifte worden volgestort.	18.550 EUR. Bij oprichting dient het minimum kapitaal volstort zijn ten belope van 6.200 EUR. Bovendien moeten de aandelen die inbrengen in natura vertegenwoordigen volledig zijn volgestort en moet op ieder aandeel waarop in geld is ingeschreven ten minste 1/5 zijn gestort	Voor CVBA bedraagt het vaste gedeelte van het kapitaal minimum 18.550 EUR, waarvan bij oprichting 6.200 volgestort moet zijn. Op elk aandeel dat een inbreng in geld vertegenwoordigt en op elk aandeel dat geheel of gedeeltelijk een inbreng in natura vertegenwoordigt, moet één vierde worden volgestort. De aandelen die inbrengen in natura vertegenwoordigen moeten binnen 5 jaar na de uitgifte worden volgestort.	Neen
Mogelijkheid tot uitgifte van winstbewijzen?	Ja	Neen	Neen	Neen
Mogelijkheid tot uitgifte van obligaties?	Ja	Ja	Ja	Neen
Inbrengen door vennoten/leden verplicht?	Ja	Ja	Ja	Neen, maar de overeenkomst kan in deze verplichting voorzien (inbreng in eigen vermogen)

Recuperatie door vennoten/leden van inbreng (in economische zin van initiële inleg) mogelijk?	Ja, maar onder voorbehoud van ondernemingsrisico (cf. ook verbod op "leonijnse bedingen" die de inbreng van een vennoot vrijstellen van deelname in verlies)	Idem als NV	Idem als NV	Idem als NV
Uitkering van winst mogelijk? Tussentijds (bijv. dividend) of bij ontbinding (bijv. positief vereffeningssaldo boven beginvermogen)	Ja	Ja	Ja	Ja
Toetreding van nieuwe vennoten/leden?	Ja (echter minder flexibele regeling dan in de CVBA) ; Kapitaalverhoging vereist akkoord van gekwalificeerde meerderheid van de vennoten via algemene vergadering en vereist ook statutenwijziging; bestaande vennoten hebben een voorkeurrecht op de kapitaalverhoging; het voorkeurrecht kan niet in de statuten worden uitgesloten, maar de bestaande vennoten kunnen afstand doen van hun voorkeurrecht (of er kan een specifieke procedure worden gevolgd om het voorkeurrecht op ad hoc basis uit te	Idem als NV	Ja, grotendeels statutair te regelen; mits inschrijving op nieuwe aandelen (geen voorkeurrecht voor bestaande vennoten) en (tenzij de nieuwe vennoten met name in de statuten werden aangewezen) mits akkoord van het bevoegde orgaan van de CVBA (indien niets bedongen is dat de algemene vergadering; kan bijv. ook de raad van bestuur zijn). Flexibele regeling via een individuele kapitaalverhoging (doorgaans toegerekend op het variabele kapitaal, dus zonder statutenwijziging) zonder voorkeurrecht voor bestaande	Ja, indien uitdrukkelijk voorzien in de overeenkomst (en mits akkoord van ledenvergadering van het ESV)

	sluiten).		vennoten.	
Uittreding van bestaande vennoten/leden?	<p>Ja (echter minder flexibele regeling dan in de CVBA) ;</p> <p>In principe enkel in de vorm van overdracht aandelen (mits naleving van de vereisten daaromtrent, cf. infra verhandelbaarheid deelneming); in principe ook geen individuele kapitaalvermindering mogelijk (zoals wel mogelijk bij de CVBA).</p> <p>Echter ook uittreding via gerechtelijke procedure mogelijk wegens gegronde redenen (geschillenregeling) door overname op bevel van rechtbank van de aandelen door de aandeelhouders op wie deze gegronde redenen betrekking hebben</p>	Idem als NV	<p>Ja; in de vorm van een individuele kapitaalvermindering met (in beginsel) uitbetaling van een scheidingsaandeel door de CVBA aan de uittredende vennoot (verschuldigdheid en omvang van scheidingsaandeel kan vrij geregeld worden) tenzij anders bedongen; geen akkoord van andere vennoten of organen CVBA vereist tenzij anders bedongen; uittreding hoe dan ook slechts mogelijk tijdens de eerste 6 maanden van het boekjaar. Uittreding is een recht maar er is dus grote statutaire vrijheid om regelingen omtrent de uittreding te treffen.</p>	Idem als toetreding
Uitsluiting van bestaande vennoten /leden ingeval van op hen betrekking hebbende gegronde redenen?	<p>Enkel in de vorm van gedwongen overdracht aandelen aan een andere vennoot op bevel van rechtbank (geschillenregeling) ; geen individuele kapitaalvermindering mogelijk (zoals wel mogelijk bij de CVBA).</p>	Idem als NV	<p>Ja (in de vorm van een verplichte individuele kapitaalvermindering - zie hierboven bij uittreding); uitsluiting op bevel van het bevoegde orgaan van de CVBA (indien niets bedongen is dat de algemene vergadering)</p>	<p>Ja, te bedingen in overeenkomst (en mits beslissing van de ledenvergadering van het ESV); indien niets bedongen, alleen uitsluiting door rechtbank op vraag van de ledenvergadering en alleen wanneer dat lid ernstig tekortschiet in zijn verplichtingen of de werking</p>

				van het ESV ernstig verstoort
Deelneming van vennoten /leden verhandelbaar?	Ja. Overdraagbaarheid/verhandelbaarheid van aandelen kan in de statuten worden uitgesloten (maar deze uitsluiting moet beperkt zijn in de tijd) of aan beperkingen worden onderworpen (bijv. goedkeuring vennoten of vennootschapsorganen, voorkeurrechten, etc.).	Ja, maar steeds beperkt wegens "besloten" karakter van de vennootschap: onverminderd strengere bepalingen in de statuten mogen de aandelen van een vennoot, op straffe van nietigheid, niet worden overgedragen onder de levenden en ook niet overgaan wegens overlijden dan met instemming van ten minste de helft van de vennoten die ten minste 3/4 van het kapitaal bezitten, na aftrek van de rechten waarvan de overdracht is voorgesteld. Deze instemming is evenwel niet vereist (behoudens statutaire afwijking) wanneer de aandelen worden overgedragen of overgaan aan : (i) een vennoot, (ii) de echtgenoot van de overdrager of erfflater, (iii) de bloedverwanten in de rechte opgaande of nederdalende lijn, (iv) andere door de statuten toegelate personen. Overdraagbaarheid/verhandelbaarheid van aandelen kan in de statuten ook worden uitgesloten (maar deze	Ja, in de vorm van overdracht aandelen en mits parallelle toetreding/uittrekking (zie hierboven)	Neen in beginsel (lidmaatschap in beginsel niet verhandelbaar zonder unanieme toestemming andere leden) maar alternatief bij overeenkomst verregaand te regelen (bvb. in de vorm van parallelle toetreding/uittrekking en afrekening tussen toe- en uittrekkende partij)

		uitsluiting moet beperkt zijn in de tijd) of aan beperkingen worden onderworpen (bijv. goedkeuring vennoten of vennootschapsorganen, voorkeuren, etc.).		
Bestuur: algemeen	Via de organen	Via de organen	Via de organen	Via de organen
Verplichte organen	Algemene vergadering en raad van bestuur	Algemene vergadering en (college van) zaakvoerder(s)	Algemene vergadering en (raad van) bestuur	Ledenvergadering en (college van) zaakvoerder(s)
Algemene vergadering	<ul style="list-style-type: none"> * Samengesteld uit de vennoten. * Bevoegdheid: enkel wettelijk of statutair voorzien. * Gewone beslissingen genomen bij gewone meerderheid (statutaire verstrenging mogelijk); voor statutenwijzigingen bijzondere meerderheid (3/4e en zelfs 4/5e ingeval van doelwijziging en in geval van wijziging van de rechten verbonden aan de effecten 3/4 binnen elke categorie effecten) 	Idem als NV	Idem als NV	<ul style="list-style-type: none"> * Samengesteld uit de leden * Bevoegdheid: tenzij andersluidende bepalingen, heeft de ledenvergadering de meest uitgebreide bevoegdheden, om alle besluiten te nemen of elke handeling te verrichten met het oog op de verwezenlijking van het doel van het samenwerkingsverband * Bij overeenkomst vastgelegde meerderheden voor alle gevallen waar wettelijk geen eenparigheid van stemmen vereist is. Indien niks bepaald: eenparigheid van stemmen

Stemrecht op de algemene vergadering (algemeen)	Minder grote statutaire vrijheid (1 aandeel = 1 stem); beperkte mogelijkheid tot uitgifte van aandelen zonder stemrecht (max 1/3 van het maatschappelijk kapitaal, hebben preferente dividendrechten en geven toch stemrecht in bepaalde gevallen).	Idem als NV	Stemrecht in principe statutaire vrijheid (bijv. aandelen zonder stemrecht alsook aandelen met meervoudig stemrecht zijn mogelijk)	Elk lid heeft in beginsel één stem, maar dit kan op basis van de overeenkomst verregaand anders geregeld worden maar zonder dat een lid de volstrekte meerderheid van de stemmen mag bezitten
Raad van bestuur/ Bestuursorgaan	<ul style="list-style-type: none"> * Vereist aantal bestuurders: minimum 3 bestuurders tenzij er maar 2 vennoten zijn (dan minimaal 2 bestuurders) * Benoeming: verplicht door de algemene vergadering. * Bevoegdheid: residuaire bevoegdheid. * Verplicht collegiale raad van bestuur. * Elke bestuurder heeft 1 stem. * Beslissingen genomen bij gewone meerderheid, maar statutaire vrijheid inzake aanvullende /strengere regels (vb beslissing bij 3/4 meerderheid, vetorechten, etc.) 	<ul style="list-style-type: none"> * Vereist aantal zaakvoerders vrij te bepalen in de statuten: minimum 1 zaakvoerder bij stilzwijgen statuten. * Benoeming: verplicht door de algemene vergadering. * Bevoegdheid: residuaire bevoegdheid. * Geen verplicht collegiaal bestuursorgaan (vb 1 of meer zaakvoerders die geen college vormen) * Indien collegiaal bestuursorgaan: iedere zaakvoerder 1 stem en beslissingen worden genomen bij gewone meerderheid, maar statutaire vrijheid inzake aanvullende /strengere regels (vb beslissing bij 3/4 meerderheid, vetorechten, etc.) 	<ul style="list-style-type: none"> * Vereist aantal bestuurders vrij te bepalen in de statuten. (minimum 1 bestuurder bij stilzwijgen statuten) * Benoeming: verplicht door de algemene vergadering. * Bevoegdheid: residuaire bevoegdheid. * Geen verplicht collegiale raad van bestuur (vb 1 of meer "zaakvoerders" die geen college vormen). *Indien collegiale raad van bestuur: iedere bestuurder 1 stem en beslissingen worden genomen bij gewone meerderheid, maar statutaire vrijheid inzake aanvullende /strengere regels (vb beslissing bij 3/4 meerderheid, vetorechten, etc ...) 	<ul style="list-style-type: none"> * Vereist aantal zaakvoerders vrij te bepalen in de statuten; minimum 1 * Enkel natuurlijke personen * Benoeming: in de overeenkomst tot oprichting of bij besluit van de gezamenlijke leden van het ESV. * Bevoegdheid: residuaire bevoegdheid (mogelijks parallel met ledenvergadering). * Collegiaal bestuur: indien er verscheidene zaakvoerders zijn, vormen zij samen een college * Indien college van zaakvoerders: in beginsel iedere zaakvoerder 1 stem en beslissingen worden in beginsel genomen bij gewone meerderheid, maar overeenkomst kan dit verregaand moduleren

Wettelijke voorziene andere (niet-verplichte) organen	Dagelijks bestuur en algemene vertegenwoordiging	Geen (maar dagelijks bestuur en algemene vertegenwoordiging op niet-organieke wijze via de statuten mogelijk)	Geen (maar dagelijks bestuur en algemene vertegenwoordiging op niet-organieke wijze via de statuten mogelijk)	Geen (maar dagelijks bestuur en algemene vertegenwoordiging op niet-organieke wijze via de overeenkomst mogelijk)
Orgaan van dagelijks bestuur	Bestaat niet verplicht uit bestuurder(s); statutaire vrijheid inzake samenstelling, aanstelling, bevoegdheden (binnen grenzen van het wettelijke begrip "dagelijks bestuur"), ontslag etc.	Niet wettelijk voorzien maar kan op statutaire basis worden ingericht	Niet wettelijk voorzien maar kan op statutaire basis worden ingericht	Niet wettelijk voorzien maar kan op basis van de overeenkomst worden ingericht
Orgaan van algemene vertegenwoordiging (één- of meerhandtekeningsbevoegdheid)	Bestaat verplicht uit bestuurder(s); beperkingen aan vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn niet tegenstelbaar aan derden (maar hebben wel interne werking)	Bestaat verplicht uit zaakvoerder(s); beperkingen aan vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn niet tegenstelbaar aan derden (maar hebben wel interne werking)	Niet wettelijk voorzien maar kan op statutaire basis worden ingericht	Niet wettelijk voorzien maar kan basis van de overeenkomst worden ingericht
Statutair voorzienbare andere organen	Statutaire vrijheid: ad hoc of permanente "organen" kunnen via de statuten worden opgericht (samenstelling en bevoegdheden te bepalen door statuten)	Idem als NV	Idem als NV	Idem als NV (voorzienbaar in overeenkomst)

<p>Boekhouding</p>	<p>Onderscheid tussen "kleine" en "grote" vennootschappen in functie van bepaalde parameters (art 15§ 1 W.Venn.)</p> <p>* "Kleine vennootschap": vereenvoudigde boekhouding, verkorte jaarrekening (neerlegging NBB), geen publicatie jaarverslag.</p> <p>* "Grote vennootschap": volledige ondernemingsboekhouding, volledige jaarrekening (neerlegging NBB), publicatie jaarverslag verplicht.</p>	<p>Idem als NV</p>	<p>Idem als NV</p>	<p>Idem als NV</p>
<p>Commissarisplicht</p>	<p>Onderscheid tussen "kleine" en "grote" vennootschappen (zie hierboven)</p> <p>* "Kleine vennootschap": geen wettelijke verplichting tot benoeming.</p> <p>* "Grote vennootschappen": wettelijke verplichting tot benoeming.</p>	<p>Idem als NV</p>	<p>Idem als NV</p>	<p>Indien het ESV minstens 1 lid telt dat zelf onderworpen is aan de controle door een commissaris, is het ESV zelf ook commissarisplichtig.</p> <p>In de andere gevallen bepaalt de overeenkomst de wijze van het toezicht.</p>

Duurtijd / beëindiging door de vennoten/leden	Bepaalde of onbepaalde duur; indien onbepaalde duur ontbinding door de vennoten met inachtneming van regels voorzien in de statuten; wettelijk bijzondere meerderheid vereist (zoals voor statutenwijziging - verstrenging mogelijk). Gerechtelijke procedure tot ontbinding om wettige redenen.	Idem als NV	Idem als NV	Bepaalde of onbepaalde duur; indien onbepaalde duur: beëindigbaar mits unanieme beslissing van de leden Bijzondere gerechtelijke procedure tot ontbinding
Vereffening	Door vereffenaar aangeduid door de vennoten en goedgekeurd door de rechtbank; vereffening onder controle van de vennoten en de rechtbank.	Idem als NV	Idem als NV	Idem als NV

8 BIJLAGE 2: OVEREENKOMST BETREFFENDE DE LEVERING VAN BIOMASSA

8.1 Beschrijving

Deze overeenkomst betreft een inputcontract tussen een leverancier van biomassa en de verwerker van dergelijke biomassa. In de concrete situatie zou de partij die de biomassa verwerkt, de Beheerder van het Energie Conversie Park zijn. De leveranciers van biomassa zouden, bijvoorbeeld in de case Beerse/Merksplas de land- en tuinbouwers uit de buurt zijn, alsook de bermbeheerders. Het specifieke aan deze overeenkomst is dat de leveranciers betalen voor het afleveren van de biomassa (*cf.* de vervuiler betaalt).

De titels van de meeste bepalingen en de inhoud die ze dekken, spreken in de meeste gevallen voor zich. Sommige artikelen behoeven evenwel wat toelichting:

- Artikel 4.1: In dit artikel zou een zogenaamde ‘put or pay’-clausule kunnen worden opgenomen. Volgens een ‘put or pay’-clausule dient de leverancier immers de beloofde hoeveelheid biomassa te leveren. Kan hij dat niet, dan dient hij een bedrag voor de niet-geleverde hoeveelheid biomassa te betalen. Op die manier kan de beheerder van een Energie Conversie Park zich verzekeren van een constante productie, minstens inkomstenstroom, hetgeen een belangrijke factor zal zijn in het behalen van de vooropgestelde rentabiliteit.

In artikel 4.1 zal ook worden bepaald met welk interval de biomassa zal worden aangeleverd.

- Artikel 4.2: Dit artikel betreft de operationele band. Het beschrijft de minimale onderschrijding en maximale overschrijding van de overeengekomen geleverde hoeveelheid biomassa die als aanvaardbaar wordt beschouwd per levering van biomassa per overeengekomen tijdseenheid, of met andere woorden de minimum- en maximumafname van biomassa. Afhankelijk van het feit of slechts één type of meerdere types biomassa worden geleverd door de leverancier, kan het zijn dat de geleverde hoeveelheid biomassa seizoensgebonden is. Desgevallend kan het daarom noodzakelijk zijn de nodige flexibiliteit en onderscheiden in de operationele band te voorzien. De operationele band zal bijvoorbeeld afhankelijk zijn van de opslagcapaciteit.
- Artikel 4.3: Dit artikel betreft de kwaliteit van de aangeleverde biomassa. Zoals we reeds vermeldde, is dit een essentiële clausule/parameter voor het inputcontract. Specificaties daartoe worden bij voorkeur opgenomen in een afzonderlijke bijlage (bijlage 1). Wanneer de leverancier biomassa van een lagere kwaliteit aanlevert, zal de Koper kunnen weigeren en zich beroepen op de ‘put or pay’-clausule. Het is echter nuttig ook te voorzien in een bepaling waarbij de Koper de aangeboden biomassa van mindere kwaliteit toch kan aanvaarden mits een prijsaanpassing, omdat dit hem de moeite bespaart de biomassa van elders te betrekken, en

omdat de Koper also zijn installaties gaande kan houden en aan zijn verplichtingen t.a.v. afnemers van energie kan voldoen.

- Artikel 5: Dit artikel zal bepalen hoe de prijs wordt berekend. Gebruikelijk zal de prijs zijn samengesteld uit een variabele prijscomponent, berekend op basis van een éénheidsprijs en de afgenomen hoeveelheid van de biomassa (massadebiet), en een vaste prijscomponent, berekend in functie van de gemaakte vaste kosten voor het aanleveren van de biomassa. De prijsformule zal ook bepaalde parameters zoals de kwaliteit of de verwerkingslast in aanmerking dienen te nemen. Zo kan in de prijsformule bijvoorbeeld worden rekening gehouden met de temperatuur, de druk, de samenstelling of de droogte van de aangeleverde biomassa. Voor kleine afnames van biomassa kan desgevallend bepaald worden dat deze niet zullen worden gemeten, maar dat de prijs indirect of forfaitair zal worden bepaald.
- Artikel 9: In samenhang met artikel 5, zal artikel 9 handelen over de meters om de kwaliteit en de hoeveelheid van de aangeleverde biomassa te meten. Gebruikelijk zal worden bepaald dat deze aan de in de industrie algemeen geldende kwaliteitseisen voor soortgelijke Meters en aan de wettelijke vereisten dienen te voldoen. Ook de nauwkeurigheid en ijking van de meters zal in dit artikel beschreven dienen te worden.
- Artikel 11: Dit artikel zou kunnen bepalen dat er geen exclusiviteit in hoofde van de leverancier of de verwerker (de Beheerder van het Energie Conversie Park) geldt. Beide partijen zullen gerechtigd zijn ook biomassa te verkopen of aan te kopen van andere partijen.
- Artikel 13: In dit artikel zal de duur van de leveringsovereenkomst worden beschreven. Zoals blijkt uit het Nederlandse tussenrapport van MWH (p. 29) zijn langjarige prestatiecontracten, bijvoorbeeld vijf jaar, belangrijk omdat de marktpartijen zo kunnen investeren in hoogwaardige verwerking. Dergelijke langetermijncontracten zijn trouwens in de beschreven context met een veelheid aan kleine spelers in beginsel niet in strijd met het energie- of het mededingingsrecht, welke stelling des te meer geldt indien tussen de partijen geen exclusiviteit is bedongen.

Artikel 13 zou ook kunnen voorzien in de stilzwijgende hernieuwing van de overeenkomst, indien de overeenkomst niet uitdrukkelijk wordt beëindigd met in acht name van een bepaalde opzegperiode.

- Artikel 16: Dit artikel is een zogenoemde ‘hardship’-clausule. Het bepaalt wat er gebeurt in geval van imprevisie. Imprevisie is de situatie waarbij er zich abnormale en redelijkerwijze onvoorzienbare omstandigheden voordoen, zonder dat deze te wijten zijn aan de fout van één van de partijen, en waardoor de uitvoering van een verplichting voor een bepaalde partij zo zwaar is geworden, doch zonder dat ze onmogelijk geworden is, dat het oorspronkelijke contractuele evenwicht tussen de partijen geheel verstoord raakt. Het voorziet in de verplichte heronderhandeling en desgevallend de voortzetting van het contract onder redelijke

voorwaarden voor beide partijen, in geval van bijvoorbeeld sterk stijgende of dalende grondstofprijzen/certificaatwaarde/subsidies; stijgingen of dalingen die onvoorzienbaar waren op het moment van contractsluiting.

- Artikel 21: Dit artikel regelt de aansprakelijkheden van partijen. Gebruikelijk zal gevolgschade en indirecte schade worden uitgesloten en tot de aansprakelijkheid worden beperkt tot de zware fout, de opzettelijke fout en bedrog. Tevens wordt vaak een plafond overeengekomen ('*liability cap*').
- Artikel 26: Dit artikel zou bijvoorbeeld de vergunningen inzake afvalvervoer kunnen betreffen. Met name zal in dergelijk artikel dienen te worden geregeld wat er gebeurt indien de vergunning zou worden gewijzigd (bv. wegens geurhinder), aangezien dit ook de input (de aangeleverde biomassa) zou kunnen wijzigen.
- Artikel 29.2: Dit artikel beoogt te voorzien dat, indien een artikel uit een overeenkomst verboden, ongeldig of niet afdwingbaar is of zou zijn geworden door een wetswijziging ('change of law'), dit artikel in onderling overleg wordt vervangen door een artikel dat op wettelijk toelaatbare wijze het dichtst komt bij hetgeen Partijen overeengekomen zouden zijn, indien zij de nietigheid of vernietigbaarheid gekend zouden hebben.

8.2 **Termsheet**

Deze overeenkomst betreffende de aankoop van biomassa werd gesloten op ...

Tussen:

...

Hierna "[naam van de verkoper]" genoemd

en

...

Hierna "[naam van de koper]" genoemd

En hierna individueel "Partij" en gezamenlijk "Partijen" genoemd.

OVERWEGENDE DAT:

1. [Leverancier] een overschot aan biomassa heeft;
2. [Leverancier] deze biomassa wil laten verwerken en bereid is daarvoor een prijs te betalen;
3. deze overeenkomst de wederzijdse rechten en plichten van de Partijen bepaalt en de voorwaarden vastlegt waaronder het [Leverancier] biomassa zal leveren aan [Verwerker];
4. de doelstellingen van de verschillende overheden en bedrijven op het vlak van energie-efficiëntie en het tegengaan van de klimaatverandering door deze overeenkomst nagestreefd worden;

WERD HET VOLGENDE OVEREENGEKOMEN:

Artikel 1 Definities

Voor de toepassing van deze overeenkomst zullen de volgende woorden de hieronder vermelde betekenis hebben:

Aanleveringspunt:

Aanlooperperiode: testfase

Biomassa:

Installatie:

Meter:

Operationele Band:

Overmacht:

Site:

Startdatum Levering:

Stilstand:

...

Artikel 2 Voorwerp van de overeenkomst

Artikel 3 Rechten en verplichtingen van [Verwerker]

Artikel 4 Rechten en verplichtingen van [Leverancier]

4.1 Levering biomassa

4.2 Operationele Band

4.3 Continuïteit van de levering

4.3.1 Seizoensgebondenheid van de levering?

4.3 Kwaliteit biomassa

Zie bijlage 1.

4.3.1 Gevolgen aanvaarding door [Verwerker] van mindere kwaliteit

Artikel 5 Prijzen

5.1 Eerste periode van ... jaar vanaf de Startdatum Levering

5.1.1 Prijs bij levering binnen de Operationele Band

5.1.2 Prijs voor onder- en overschrijdingen van de Operationele Band

5.1.3 Prijsverhoging of boete bij levering van mindere kwaliteit

5.1.4 Prijsvermindering bij levering van betere kwaliteit

5.2 Heronderhandeling na Eerste periode

5.3 Indexering

Artikel 6 Betalingstermijn en voorwaarden – Facturatie – Compensatie

Artikel 7 Leveringspunt – Overgang eigendom en risico

Artikel 8 Meetinrichting – Test en ijking

Artikel 9 Opslag van biomassa

Artikel 10 Permanente veranderingen in de vraag naar biogas/elektriciteit/stoom/warmte

Artikel 11 (Niet-)Exclusiviteit

Artikel 12 Informatie-uitwisseling

Artikel 13 Aanvang en duur

Artikel 14 Beëindiging

14.1 Beëindiging door [Verwerker]

14.2 Beëindiging door [Leverancier]

14.3 Beëindiging door beide Partijen

Artikel 15 Schadevergoeding bij voortijdige stopzetting

15.1 Voortijdige stopzetting van het Project bij fout, beslissing, handelen of stilzitten van één van de partijen

15.2 Voortijdige stopzetting van het Project bij faillissement van één van de Partijen

15.3 Voortijdige stopzetting van het Project om een andere reden

Artikel 16 Gewijzigde omstandigheden (herziening) (hardship-clausule)

Artikel 17 Overmacht

17.1 Beschrijving

17.2 Gevolgen

17.2.1 Schorsing

17.2.2 Beëindiging overeenkomst na bepaalde periode

17.2.3 Afwijking van bepaalde artikels

Artikel 18 Gevolgen van de niet-uitvoering van onderling afhankelijke verbintenissen

Artikel 19 Verdaging Overeengekomen Startdatum Levering

Artikel 20 Overdracht – Change of control

Artikel 21 Aansprakelijkheid

Artikel 22 Veiligheid en fabrieksbewaking

Artikel 23 Confidentialiteit

Artikel 24 Intellectuele eigendom

Artikel 25 Verzekeringen

Artikel 26 Vergunningen

Artikel 27 Belastingen

Artikel 28 Kennisgevingen

Artikel 29 Overige bepalingen

29.1 Vervanging alle vroegere overeenkomsten

29.2 Beperking gevolgen ten aanzien van andere bepalingen indien één bepaling verboden, ongeldig of niet afdwingbaar is.

29.3 Bijlagen maken integraal deel uit van deze Overeenkomst

29.4 Titel van een contractsartikel vs. artikel zelf

29.5 Beëindiging en wijziging moet schriftelijk

29.6 Een Partij doet geen afstand van recht indien het dat recht niet onmiddellijk uitoefent.

29.7 Iedere Partij draagt haar eigen kosten, voor zover niet anders bepaalt.

Artikel 30 Toepasselijk recht en geschilbeslechting

Opgemaakt, ondertekend en uitvoerbaar verklaard te ... op ... in twee originele exemplaren, waarvan iedere Partij erkent één origineel exemplaar te hebben ontvangen.

[Verwerker] (...)

Vertegenwoordigd door ...

[Leverancier] (...)

Vertegenwoordigd door ...

Bijlagen:

1. Kwaliteit biomassa en specificaties
2. ...

9 BIJLAGE 3: OVEREENKOMST BETREFFENDE DE LEVERING VAN BIOGAS

9.1 Beschrijving

Deze overeenkomst betreft een outputcontract tussen een producent van biogas en een afnemer van biogas. In de concrete situatie zou de partij die biogas levert, de Beheerder van het Energie Conversie Park zijn. Afnemers van biogas zouden bijvoorbeeld de Kolonie van Merksplas (case Beerse/Merksplas) of omliggende bedrijven zijn.

De titels van de meeste bepalingen en de inhoud die ze dekken, spreken in de meeste gevallen voor zich. Opmerkingen aangaande ‘put or pay’-, ‘hardship’- of ‘change of law’-clausules gelden naar analogie voor dit contract. We verwijzen hiervoor dan ook naar het inputcontract (aankoop van biomassa). Hetzelfde geldt voor de operationele band, de meetinrichting, de exclusiviteit, de duur van de overeenkomst of de aansprakelijkheid van de partijen.

Sommige andere artikelen behoeven evenwel wat toelichting:

- Artikel 3.1: In dit artikel zou een zogenaamde ‘take or pay’-clausule kunnen worden opgenomen. Het betreft een clausule volgens dewelke de Koper (een percentage van) de normale prijs dient te betalen, ook al neemt hij minder af dan voorzien in het contract. Aldus aanvaardt de Koper ofwel de geleverde biomassa en betaalt hij ervoor, ofwel met toepassing van de ‘take or pay’-clausule aanvaardt hij de levering niet, maar betaalt hij toch (een percentage van) de normale prijs. Op die manier kan een partij bereid gevonden worden om (desgevallend zware) investeringen te doen in productieprocessen die een constante aanvoer van biomassa verzekeren.
- Artikel 4.2: Dit artikel zal het interval van de levering van biogas beschrijven, en met name voorzien dat er een bepaalde continue beschikbaarheid van biogas is. Gelet op het feit dat de levering in een netwerk geschiedt, zal ook beschreven worden wat er gebeurt in geval van onder- of overcapaciteit. Desgevallend kan een verwijzing naar een kaderovereenkomst zoals beschreven in titel 3.3.b) daartoe volstaan. Tevens zal het bijvoorbeeld in de (jaarlijkse) stilstand voor reiniging en onderhoud van de productie-installaties voorzien.
- Artikel 5: Dit artikel bepaalt hoe de prijs voor biogas wordt berekend. Gebruikelijk is een gasprijs zijn samengesteld uit een ‘commodity term’ en de distributiekosten. De ‘commodity term’ betreft de eigenlijke gasprijs, die gebruikelijk wordt vastgesteld op basis van de gangbare prijs op de markt. De ‘commodity term’ wordt desgevallend nog opgesplitst in een vaste en een vlottende ‘commodity term’. De distributiekosten zijn de kosten voor het vervoer van het biogas. Deze kosten kunnen ook een vergoeding voor toegang en gebruik van het distributienet omvatten. Het dient te worden opgemerkt dat deze kosten niet de door de CREG goedgekeurde kosten zullen betreffen, aangezien het biogas niet onderworpen is aan de zogenaamde ‘Regulated Third Party Access’.

De distributiekosten zijn daarentegen de kosten die de Beheerder van het biogasnet aanrekent. Er is geen strikte garantie dat deze kosten redelijke kosten zullen zijn, doch zouden ze enigszins beperkt worden door bv. het ‘Niet meer dan anders’-principe (zie *infra*).

Artikel 5 zou inzake de prijs ook het ‘Niet meer dan anders’-principe kunnen verwoorden, namelijk dat de afnemer van biogas niet meer mag betalen dan hij zou betalen, mocht hij zijn aangesloten op het aardgasnet.

- Artikel 8: In dit artikel zal worden verwezen naar een apart af te sluiten opstalcontractcontract/erfdienstbaarheid, en daarbij de opschortende voorwaarde op te nemen dat ze niet in werking treedt, vooraleer het opstalcontract of het contract betreffende de verlening van een erfdienstbaarheid is ondertekend en verleden voor de aanleg van de infrastructuur.
- Artikel 14: Dit artikel betreft de duur van de overeenkomst. Ook voor outputcontracten zullen langjarige prestatiecontracten, bijvoorbeeld vijf jaar, belangrijk zijn, omdat de marktpartijen zo kunnen investeren in hoogwaardige verwerking.
- Artikel 15: Dit artikel kan onder meer voorzien dat een partij gerechtigd is te beëindigen in geval van faillissement van de andere partij.

9.2 Termsheet

Deze overeenkomst betreffende de levering van biogas werd gesloten op ...

Tussen:

...

Hierna “[naam van de afnemer]” genoemd

en

...

Hierna “[naam van de producent]” genoemd

En hierna individueel “Partij” en gezamenlijk “Partijen” genoemd.

OVERWEGENDE DAT:

1. [Producent] een [type productie-installatie] heeft waarmee zij biogas produceert;
2. [Afnemer] van [Producent] biogas wil afnemen en [Producent] biogas wil leveren aan [Afnemer];
3. deze overeenkomst de wederzijdse rechten en plichten van de Partijen bepaalt en de voorwaarden vastlegt waaronder het [Producent] biogas zal leveren aan [Afnemer];
4. het Project wederzijdse voordelen met zich meebrengt door de directe levering van biogas;
5. de doelstellingen van de verschillende overheden en bedrijven op het vlak van energie-efficiëntie en het tegengaan van de klimaatverandering door deze overeenkomst nagestreefd worden;

WERD HET VOLGENDE OVEREENGEKOMEN:

Artikel 1 Definities

Voor de toepassing van deze overeenkomst zullen de volgende woorden de hieronder vermelde betekenis hebben:

Aanlooperperiode: testfase

Aanvoerleiding: de installatie zoals omschreven en op plan aangeduid in bijlage ... van deze overeenkomst

Installatie:

Leveringspunt:

Onevenwicht:

Operationele Band:

Overmacht:

Site:

Startdatum Levering:

Stilstand:

...

Artikel 2 Voorwerp van de overeenkomst

Artikel 3 Rechten en verplichtingen van [Afnemer]

3.1 Afname biogas

3.2 Operationele Band

3.3 Betaling van de prijs

Artikel 4 Rechten en verplichtingen van [Producent]

4.1 Levering biogas

4.2 Continuïteit van de levering

Artikel 5 Prijzen

5.1 Eerste periode van ... jaar vanaf de Effectieve Startdatum Levering

5.1.1 Prijs voor afnames binnen de Operationele Band

5.1.2 Prijs voor vooraf gemelde onder- en overschrijdingen van de Operationele Band

5.1.3 Prijs ingeval van niet vooraf gemelde onder- en overschrijdingen van de Operationele Band (Onevenwicht)

5.2 Heronderhandeling na Eerste periode

5.4 Indexering

Artikel 6 Betalingstermijn en voorwaarden – Facturatie – Compensatie

Artikel 7 Leveringspunt – Overgang eigendom en risico

Artikel 8 Meetinrichting – Test en ijking

Artikel 9 Nominaties

7.1 Binnen operationele band (geen)

7.2 Ten behoeve van de geplande Stilstand

7.3 Ten behoeve van vooraf gemelde onder- en overschrijdingen van de Operationele Band

Artikel 10 Opstalrecht/erfdienstbaarheid

Artikel 11 Onderhouds- en uitbatingsmodaliteiten

Artikel 12 Exclusiviteit

Artikel 13 Informatie-uitwisseling

Artikel 14 Aanvang en duur

Artikel 15 Beëindiging

16.1 Beëindiging door [Afnemer]

16.2 Beëindiging door [Producent]

16.3 Beëindiging door beide Partijen

Artikel 16 Schadevergoeding bij voortijdige stopzetting

17.1 Voortijdige stopzetting van het Project bij fout, beslissing, handelen of stilzitten van één van de partijen

17.2 Voortijdige stopzetting van het Project bij faillissement van één van de Partijen

17.3 Voortijdige stopzetting van het Project om een andere reden

Artikel 17 Gewijzigde omstandigheden (herziening) (hardship-clausule)

Artikel 18 Overmacht

19.1 Beschrijving

19.2 Gevolgen

19.2.1 Schorsing

19.2.2 Beëindiging overeenkomst na bepaalde periode

19.2.3 Afwijking van bepaalde artikels

Artikel 19 Gevolgen van de niet-uitvoering van onderling afhankelijke verbintenissen

Artikel 20 Verdaging Overeengekomen Startdatum Levering

Artikel 21 Overdracht – Change of control

Artikel 22 Aansprakelijkheid

Artikel 23 Veiligheid en fabrieksbewaking

Artikel 24 Confidentialiteit

Artikel 25 Intellectuele eigendom

Artikel 26 Verzekeringen

Artikel 27 Vergunningen

Artikel 28 Groenestroomcertificaten/Warmtekrachtcertificaten/Groenewarmtecertificaten

Artikel 29 Belastingen

Artikel 30 Kennisgevingen

Artikel 31 Overige bepalingen

30.1 Vervanging alle vroegere overeenkomsten

30.2 Beperking gevolgen ten aanzien van andere bepalingen indien één bepaling verboden, ongeldig of niet afdwingbaar is.

30.3 Bijlagen maken integraal deel uit van deze Overeenkomst

30.4 Titel van een contractsartikel vs. artikel zelf

30.5 Beëindiging en wijziging moet schriftelijk

30.6 Een Partij doet geen afstand van recht indien het dat recht niet onmiddellijk uitoefent.

30.7 Iedere Partij draagt haar eigen kosten, voor zover niet anders bepaalt.

Artikel 32 Toepasselijk recht en geschilbeslechting

Opgemaakt, ondertekend en uitvoerbaar verklaard te ... op ... in twee originele exemplaren, waarvan iedere Partij erkent één origineel exemplaar te hebben ontvangen.

[Afnemer] (...)

Vertegenwoordigd door ...

[Producent] (...)

Vertegenwoordigd door ...

Bijlagen:

1. ...

10 **BIJLAGE 4: OVEREENKOMST BETREFFENDE DE LEVERING VAN ELEKTRICITEIT**

10.1 **Beschrijving**

Deze overeenkomst betreft een outputcontract tussen een producent van elektriciteit en een afnemer van elektriciteit. In de concrete situatie zou de partij die elektriciteit levert, de Beheerder van het Energie Conversie Park kunnen zijn. Afnemers van elektriciteit zouden bijvoorbeeld bedrijven zijn (case Lommel).

De titels van de meeste bepalingen en de inhoud die ze dekken, spreken in de meeste gevallen voor zich. Opmerkingen aangaande ‘hardship’- of ‘change of law’-clausules, zoals hiervoor gemaakt, gelden naar analogie voor dit contract. We verwijzen hiervoor dan ook naar het outputcontract betreffende de levering van biogas. Hetzelfde geldt voor de operationele band, de meetinrichting, de exclusiviteit, de duur van de overeenkomst of de aansprakelijkheid van de partijen.

‘Take-or-pay’-, of ‘put-or-pay’-clausules komen in het kader van een outputcontract tot levering van elektriciteit minder voor sedert de liberalisering van de elektriciteitsmarkt.

Sommige andere artikelen behoeven evenwel wat toelichting:

- Artikel 4.2: Dit artikel zal het interval van de levering van elektriciteit beschrijven, en met name voorzien dat er een bepaalde continue beschikbaarheid van elektriciteit is. Gelet op het feit dat de levering in een netwerk geschiedt, zal ook beschreven worden wat er gebeurt in geval van onder- of overcapaciteit. Desgevallend kan een verwijzing naar een kaderovereenkomst zoals beschreven in titel 3.3.b) daartoe volstaan. Tevens zal het bijvoorbeeld in de jaarlijkse stilstand voor reiniging en onderhoud van de productie-installaties voorzien.
- Artikel 5: De prijs voor elektriciteit zal zijn samengesteld uit een ‘commodity term’ en uit de distributiekosten. De ‘commodity term’ kan desgevallend voorzien in een verschillend tarief voor de piek- en de daluren.
- Artikel 8: In dit artikel zal worden verwezen naar een apart af te sluiten opstalcontractcontract /erfdienstbaarheid, en daarbij de opschortende voorwaarde op te nemen dat ze niet in werking treedt, vooraleer het opstalcontract of het contract betreffende de verlening van een erfdienstbaarheid is ondertekend en verleden.
- Artikel 27: Dit artikel kan worden voorzien dat beide Partijen samenwerken om de mogelijkheid voor directe leveringen bij de bevoegde instanties te bepleiten. Anderzijds wordt best reeds opgenomen hoe Partijen zullen omgaan met een eventueel capaciteits- of injectietarief.

- Het eendraadschema waarvan sprake in bijlage betreft een schematisch overzicht van de diverse aansluitpunten, wissels, elektriciteitskasten en dergelijke meer in het net van het Energie Conversie Park.

10.2 **Termsheet**

Deze overeenkomst betreffende de levering van elektriciteit werd gesloten op ...

Tussen:

...

Hierna “[naam van de afnemer]” genoemd

en

...

Hierna “[naam van de producent]” genoemd

En hierna individueel “Partij” en gezamenlijk “Partijen” genoemd.

OVERWEGENDE DAT:

1. [Producent] een [type productie-installatie] heeft waarmee zij elektriciteit produceert;
2. [Afnemer] van [Producent] elektriciteit wil afnemen en [Producent] elektriciteit wil leveren aan [Afnemer];
3. deze overeenkomst de wederzijdse rechten en plichten van de Partijen bepaalt en de voorwaarden vastlegt waaronder het [Producent] elektriciteit zal leveren aan [Afnemer];
4. het Project wederzijdse voordelen met zich meebrengt door de directe levering van elektriciteit;
5. de doelstellingen van de verschillende overheden en bedrijven op het vlak van energie-efficiëntie en het tegengaan van de klimaatverandering door deze overeenkomst nagestreefd worden;

WERD HET VOLGENDE OVEREENGEKOMEN:

Artikel 1 Definities

Voor de toepassing van deze overeenkomst zullen de volgende woorden de hieronder vermelde betekenis hebben:

Aanlooperperiode: testfase

Aanvoerleiding: de installatie zoals omschreven en op plan aangeduid in bijlage ... van deze overeenkomst

Installatie:

Leveringspunt:

Onevenwicht:

Operationele Band:

Overmacht:

Site:

Startdatum Levering:

Stilstand:

...

Artikel 2 Voorwerp van de overeenkomst

Artikel 3 Rechten en verplichtingen van [Afnemer]

3.1 Afname elektriciteit

3.2 Operationele Band

3.3 Betaling van de prijs

Artikel 4 Rechten en verplichtingen van [Producent]

4.1 Levering elektriciteit

4.2 Continuïteit van de levering

Artikel 5 Prijzen

5.1 Eerste periode van ... jaar vanaf de Effectieve Startdatum Levering

5.1.1 Prijs voor afnames binnen de Operationele Band

5.1.2 Prijs voor vooraf gemelde onder- en overschrijdingen van de Operationele Band

5.1.3 Prijs ingeval van niet vooraf gemelde onder- en overschrijdingen van de Operationele Band (Onevenwicht)

5.2 Heronderhandeling na Eerste periode

5.4 Indexering

Artikel 6 Betalingstermijn en voorwaarden – Facturatie – Compensatie

Artikel 7 Leveringspunt – Overgang eigendom en risico

Artikel 8 Meetinrichting – Test en ijking

Artikel 9 Nominaties

7.1 Binnen operationele band (geen)

7.2 Ten behoeve van de geplande Stilstand

7.3 Ten behoeve van vooraf gemelde onder- en overschrijdingen van de Operationele Band

Artikel 10 Opstalrecht/erfdienstbaarheid

Artikel 11 Onderhouds- en uitbatingsmodaliteiten

Artikel 12 (Niet-)Exclusiviteit

Artikel 13 Informatie-uitwisseling

Artikel 14 Aanvang en duur

Artikel 15 Beëindiging

15.1 Beëindiging door [Afnemer]

15.2 Beëindiging door [Producent]

15.3 Beëindiging door beide Partijen

Artikel 16 Schadevergoeding bij voortijdige stopzetting

16.1 Voortijdige stopzetting van het Project bij fout, beslissing, handelen of stilzitten van één van de partijen

16.2 Voortijdige stopzetting van het Project bij faillissement van één van de Partijen

16.3 Voortijdige stopzetting van het Project om een andere reden

Artikel 17 Gewijzigde omstandigheden (herziening) (hardship-clausule)

Artikel 18 Overmacht

18.1 Beschrijving

18.2 Gevolgen

18.2.1 Schorsing

18.2.2 Beëindiging overeenkomst na bepaalde periode

18.2.3 Afwijking van bepaalde artikels

Artikel 19 Gevolgen van de niet-uitvoering van onderling afhankelijke verbintenissen

Artikel 20 Verdaging Overeengekomen Startdatum Levering

Artikel 21 Overdracht – Change of control

Artikel 22 Aansprakelijkheid

Artikel 23 Veiligheid en fabrieksbewaking

Artikel 24 Confidentialiteit

Artikel 25 Intellectuele eigendom

Artikel 26 Verzekeringen

Artikel 27 Vergunningen

27.1 Directe leveringen

27.2 Capaciteits- of injectietarief

Artikel 28 Groenestroomcertificaten/Warmtekrachtcertificaten/Groenewarmtecertificaten

Artikel 29 Belastingen

Artikel 30 Kennisgevingen

Artikel 31 Overige bepalingen

31.1 Vervanging alle vroegere overeenkomsten

31.2 Beperking gevolgen ten aanzien van andere bepalingen indien één bepaling verboden, ongeldig of niet afdwingbaar is.

31.3 Bijlagen maken integraal deel uit van deze Overeenkomst

31.4 Titel van een contractsartikel vs. artikel zelf

31.5 Beëindiging en wijziging moet schriftelijk

31.6 Een Partij doet geen afstand van recht indien het dat recht niet onmiddellijk uitoefent.

31.7 Iedere Partij draagt haar eigen kosten, voor zover niet anders bepaalt.

Artikel 32 Toepasselijk recht en geschilbeslechting

Opgemaakt, ondertekend en uitvoerbaar verklaard te ... op ... in twee originele exemplaren, waarvan iedere Partij erkent één origineel exemplaar te hebben ontvangen.

[Afnemer] (...)

Vertegenwoordigd door ...

[Producent] (...)

Vertegenwoordigd door ...

Bijlagen:

1. Eendraadschema
2. ...

11 BIJLAGE 5: OVEREENKOMST BETREFFENDE DE LEVERING VAN STOOM/WARMTE

11.1 Beschrijving

Deze overeenkomst betreft een outputcontract tussen een producent van stoom/warmte en een afnemer van stoom/warmte. In de concrete situatie zal de partij die stoom/warmte levert, de Beheerder van het Energie Conversie Park zijn. Afnemers van stoom/warmte zullen bijvoorbeeld bedrijven zijn (case Lommel).

De titels van de meeste bepalingen en de inhoud die ze dekken, spreken in de meeste gevallen voor zich. Opmerkingen aangaande ‘take or pay’-, ‘put or pay’-, ‘hardship’- of ‘change of law’-clausules, zoals hiervoor gemaakt, gelden naar analogie voor dit contract.

Sommige andere artikelen behoeven evenwel wat toelichting:

- De definiëring van een terugvoerleiding is noodzakelijk, om de stoom/warmte nadat het zijn energetische waarde (warmte) heeft verloren, als laag-calorisch product (koud water) terugkeert naar de productie-installatie, opdat het water opnieuw tot stoom of warm water zou kunnen worden gebracht. Een warmtenet betreft dus per definitie een gesloten kringloop.
- Artikel 4.2: Dit artikel beschrijft het interval van de levering van stoom/warmte, en voorziet met name dat er een bepaalde continue beschikbaarheid van stoom/warmte is. Gelet op het feit dat de levering in een netwerk geschiedt, beschrijft het ook wat er gebeurt in geval van onder- of overcapaciteit. Desgevallend kan een verwijzing naar een kaderovereenkomst zoals beschreven in titel 3.3.b) daartoe volstaan. Tevens kan het bijvoorbeeld voorzien in de jaarlijkse stilstand voor reiniging en onderhoud van de productie-installaties.
- Artikel 5: Dit artikel zal bepalen hoe de prijs voor stoom/warmte wordt berekend. Gebruikelijk zal de prijs zijn samengesteld uit een vermogenscomponent, een vaste energiecomponent uitgedrukt in €/maand en een variabele energiecomponent uitgedrukt in €/ton.

11.2 Termsheet

Deze overeenkomst betreffende de levering van stoom/warmte werd gesloten op ...

Tussen:

...

Hierna “[naam van de afnemer]” genoemd

en

...

Hierna “[naam van de producent]” genoemd

En hierna individueel “Partij” en gezamenlijk “Partijen” genoemd.

OVERWEGENDE DAT:

1. [Producent] een [type productie-installatie] heeft waarmee zij stoom/warmte produceert;
2. [Afnemer] van [Producent] stoom/warmte wil afnemen en [Producent] stoom/warmte wil leveren aan [Afnemer];
3. deze overeenkomst de wederzijdse rechten en plichten van de Partijen bepaalt en de voorwaarden vastlegt waaronder het [Producent] stoom/warmte zal leveren aan [Afnemer];
4. het Project wederzijdse voordelen met zich meebrengt door de directe levering van stoom/warmte;
5. de doelstellingen van de verschillende overheden en bedrijven op het vlak van energie-efficiëntie en het tegengaan van de klimaatverandering door deze overeenkomst nagestreefd worden;

WERD HET VOLGENDE OVEREENGEKOMEN:

Artikel 1 Definities

Voor de toepassing van deze overeenkomst zullen de volgende woorden de hieronder vermelde betekenis hebben:

Aanlooperperiode: testfase

Aanvoerleiding: de installatie zoals omschreven en op plan aangeduid in bijlage ... van deze overeenkomst

Installatie:

Leveringspunt:

Onevenwicht:

Operationele Band:

Overmacht:

Site:

Startdatum Levering:

Stilstand:

Terugvoerleiding: de installatie zoals omschreven en op plan aangeduid in bijlage ... van deze overeenkomst

...

Artikel 2 Voorwerp van de overeenkomst

Artikel 3 Rechten en verplichtingen van [Afnemer]

3.1 Afname stoom/warmte

3.2 Operationele Band

3.3 Betaling van de prijs

Artikel 4 Rechten en verplichtingen van [Producent]

4.1 Levering stoom/warmte

4.2 Continuïteit van de levering

Artikel 5 Prijzen

5.1 Eerste periode van ... jaar vanaf de Effectieve Startdatum Levering

5.1.1 Prijs

5.1.2 Verhoogde of verlaagde afname van stoom/warmte

5.1.1 Berekening gemiddelde t/h

5.1.2 Verhoogde afname van stoom/warmte ($> \dots$ t/h)

5.1.3 Verlaagde afname van stoom/warmte ($< \dots$ t/h)

5.2 Heronderhandeling na Eerste periode

5.3 Tijdens de Aanlooperperiode

5.4 Indexering

Artikel 6 Terugvoer van laag-calorische stoom/warmte

Artikel 7 Betalingstermijn en voorwaarden – Facturatie – Compensatie

Artikel 8 Leveringspunt – Overgang eigendom en risico

Artikel 9 Meetinrichting – Test en ijking

Artikel 10 Beschikbaarheid – Stoomverbruikreductiesysteem – Penaltysysteem

7.1 Stoomverbruikreductiesysteem

7.2 Penaltysysteem

7.3 Maximale penaltyvergoeding

Artikel 11 Opstalrecht/erfdienstbaarheid

Artikel 12 Onderhouds- en uitbatingsmodaliteiten

Artikel 13 (Niet-)Exclusiviteit

Artikel 14 Informatie-uitwisseling

Artikel 15 Aanvang en duur

Artikel 16 Beëindiging

16.1 Beëindiging door [Afnemer]

16.2 Beëindiging door [Producent]

16.3 Beëindiging door beide Partijen

Artikel 17 Schadevergoeding bij voortijdige stopzetting

17.1 Voortijdige stopzetting van het Project bij fout, beslissing, handelen of stilzitten van één van de partijen

17.2 Voortijdige stopzetting van het Project bij faillissement van één van de Partijen

17.3 Voortijdige stopzetting van het Project om een andere reden

Artikel 18 Gewijzigde omstandigheden (herziening) (hardship-clausule)

Artikel 19 Overmacht

19.1 Beschrijving

19.2 Gevolgen

19.2.1 Schorsing

19.2.2 Beëindiging overeenkomst na bepaalde periode

19.2.3 Afwijking van bepaalde artikels

Artikel 20 Gevolgen van de niet-uitvoering van onderling afhankelijke verbintenissen

Artikel 21 Verdaging Overeengekomen Startdatum Levering

Artikel 22 Overdracht – Change of control

Artikel 23 Aansprakelijkheid

Artikel 24 Veiligheid en fabrieksbeveiliging

Artikel 25 Confidentialiteit

Artikel 26 Intellectuele eigendom

Artikel 27 Verzekeringen

Artikel 28 Vergunningen

Artikel 29 Groenestroomcertificaten/Warmtekrachtcertificaten/Groenewarmtecertificaten

Artikel 30 Belastingen

Artikel 31 Kennisgevingen

Artikel 32 Overige bepalingen

32.1 Vervanging alle vroegere overeenkomsten

32.2 Beperking gevolgen ten aanzien van andere bepalingen indien één bepaling verboden, ongeldig of niet afdwingbaar is.

32.3 Bijlagen maken integraal deel uit van deze Overeenkomst

32.4 Titel van een contractsartikel vs. artikel zelf

32.5 Beëindiging en wijziging moet schriftelijk

32.6 Een Partij doet geen afstand van recht indien het dat recht niet onmiddellijk uitoefent.

32.7 Iedere Partij draagt haar eigen kosten, voor zover niet anders bepaalt.

Artikel 33 Toepasselijk recht en geschilbeslechting

Opgemaakt, ondertekend en uitvoerbaar verklaard te ... op ... in twee originele exemplaren, waarvan iedere Partij erkent één origineel exemplaar te hebben ontvangen.

[Afnemer] (...)

Vertegenwoordigd door ...

[Producent] (...)

Vertegenwoordigd door ...

Bijlagen:

1. ...

12 **BIJLAGE 6: TOLLING CONTRACT**

12.1 **Beschrijving**

Deze overeenkomst betreft een tolling contract tussen een toller en een tollee. De tollee zal een bepaalde grondstof (bv. biomassa) aanleveren aan de toller. Deze zal deze grondstof converteren tot een bepaald type energie in zijn installatie. De energie wordt dan op zijn beurt opnieuw aan de tollee geleverd. In ruil voor de conversie van de grondstof naar energie betaalt de tollee aan de toller een bepaalde vergoeding (Tolling fee). Deze zal de werkingskosten van de installatie van de toller omvatten, maar tevens een vergoeding voor het onderhoud van de installatie, een bepaalde winstmarge voor de toller en eventuele belastingen of andere heffingen door de overheid.

Het is belangrijk dat het tolling contract duidelijk beschrijft waar de tollee de betreffende grondstof zal aanleveren (Leveringspunt) en waar hij de energie die werd gewonnen uit de grondstof, opnieuw zal afnemen (Afnamepunt), en wie de risico's draagt (volumerisico, prijsrisico, technisch risico).

Art. 12 inzake onderaanneming kan bepalen dat elke Partij het recht heeft haar verplichtingen in onderaanneming te geven, mits voorafgaande schriftelijke toestemming van de andere Partij.

12.2 **Termsheet**

Deze overeenkomst betreffende de levering van biomassa en de teruglevering van stoom/warmte werd gesloten op ...

Tussen:

...

Hierna “[naam van de Tollee]” genoemd

en

...

Hierna “[naam van de Toller]” genoemd

En hierna individueel “Partij” en gezamenlijk “Partijen” genoemd.

OVERWEGENDE DAT:

1. [Toller] een [type productie-installatie] heeft waarmee zij [grondstof] kan converteren in [type energie];
2. [Tollee] van [Toller] [grondstof] wil aanleveren en na verwerking van deze [grondstof] in [type energie], deze [type energie] wil afnemen en [Toller] [grondstof] wil ontvangen om ze te verwerken tot [type energie], deze [type energie] wil opnieuw wil aanleveren aan [Tollee];
3. deze overeenkomst de wederzijdse rechten en plichten van de Partijen bepaalt en de voorwaarden vastlegt waaronder het [Toller] stoom/warmte zal leveren aan [Tollee];
4. het Project wederzijdse voordelen met zich meebrengt door de directe levering van [type energie];

WERD HET VOLGENDE OVEREENGEKOMEN:

Artikel 1 Definities

Voor de toepassing van deze overeenkomst zullen de volgende woorden de hieronder vermelde betekenis hebben:

Afnamepunt biomassa:

Bijlage:

Conversie:

Datum van Inwerkingtreding:

Datum van Ondertekening:

Industriële site:

Leveringspunt:

Overeenkomst: deze overeenkomst, zijnde een Tolling Contract, en haar Bijlagen.

Samenwerkingscontract:

Tolling fee:

Tollinginstallatie:

...

- Artikel 2 Voorwerp van de overeenkomst
- Artikel 3 Rechten en verplichtingen van [Tollee]
- Artikel 4 Rechten en verplichtingen van [Toller]
- Artikel 5 Tolling fee
- Artikel 6 Betalingstermijn en voorwaarden – Facturatie – Compensatie
- Artikel 7 Leveringspunt – Overgang eigendom en risico
- Artikel 8 Afnamepunt – Overgang eigendom en risico
- Artikel 9 Meetinrichting – Test en ijking
- Artikel 10 Opstalrecht/erfdienstbaarheid
- Artikel 11 Onderhouds- en uitbatingsmodaliteiten
- Artikel 12 Onderaannemers
- Artikel 13 Samenwerking en informatie-uitwisseling
- Artikel 14 Aanvang en duur
- Artikel 15 Beëindiging
 - 16.1 Beëindiging door [Tollee]
 - 16.2 Beëindiging door [Toller]
 - 16.3 Beëindiging door beide Partijen
- Artikel 16 Schadevergoeding bij voortijdige stopzetting
 - 17.1 Voortijdige stopzetting van het Project bij fout, beslissing, handelen of stilzitten van één van de partijen

17.2 Voortijdige stopzetting van het Project bij faillissement van één van de Partijen

17.3 Voortijdige stopzetting van het Project om een andere reden

Artikel 17 Gewijzigde omstandigheden (herziening) (hardship-clausule)

Artikel 18 Overmacht

19.1 Beschrijving

19.2 Gevolgen

19.2.1 Schorsing

19.2.2 Beëindiging overeenkomst na bepaalde periode

19.2.3 Afwijking van bepaalde artikels

Artikel 19 Gevolgen van de niet-uitvoering van onderling afhankelijke verbintenissen

Artikel 20 Overdracht – Change of control

Artikel 21 Aansprakelijkheid

Artikel 22 Intellectuele eigendom

Artikel 23 Verzekeringen

Artikel 24 Vergunningen

Artikel 25 Groenestroomcertificaten/Warmtekrachtcertificaten/Groenewarmtecertificaten

Artikel 26 Belastingen

Artikel 27 Kennisgevingen

Artikel 28 Overige bepalingen

32.1 Vervanging alle vroegere overeenkomsten

32.2 Beperking gevolgen ten aanzien van andere bepalingen indien één bepaling verboden, ongeldig of niet afdwingbaar is.

32.3 Bijlagen maken integraal deel uit van deze Overeenkomst

32.4 Titel van een contractsartikel vs. artikel zelf

32.5 Beëindiging en wijziging moet schriftelijk

32.6 Een Partij doet geen afstand van recht indien het dat recht niet onmiddellijk uitoefent.

32.7 Iedere Partij draagt haar eigen kosten, voor zover niet anders bepaalt.

Artikel 29 Toepasselijk recht en geschilbeslechting

Opgemaakt, ondertekend en uitvoerbaar verklaard te ... op ... in twee originele exemplaren, waarvan iedere Partij erkent één origineel exemplaar te hebben ontvangen.

[Tollee] (...)

Vertegenwoordigd door ...

[Toller] (...)

Vertegenwoordigd door ...

Bijlagen:

1. Omschrijving van de [Tollinginstallatie] van [Toller]
2. Leveringspunt
3. Afnamepunt
4. Dagelijkse uitbating, supervisie en kleine, routine onderhoud van [Tollinginstallatie]
5. Meting