

(Versie 1 februari 2025, work in progress, s.v.p. niet citeren)

De gemeenschap is geen onderneming

Een juridische analyse

Jurgen van der Heijden, Eva Winters¹

1. Inleiding

De Europese Commissie gaf half december 2024 het startsein om de Aanbestedingsrichtlijnen te vernieuwen.² Grijpt zij dit aan om verder te gaan op het ingeslagen pad van het CEP, Clean Energy Package? Daarin maakt de Commissie onderscheid tussen de gemeenschap en de competitieve onderneming.³ Meer precies betekent dit meer gemak voor de energiegemeenschap dan ondernemingen bij het verkrijgen van staatssteun en het delen van energie. Daarnaast geeft het CEP aan dat deze gemeenschap ook gelijke kansen kan krijgen bij competitie met ondernemingen.

In Nederland geeft de WCW, Wet Collectieve Warmtevoorziening, de energiegemeenschap vrijstelling van competitie. Het ministerie van KGG werkt nu aan een visie op energiegemeenschappen.⁴ Deze en andere wetgevers in Europa zijn met de Europese wetgever het pad ingeslagen om de gemeenschap te erkennen als een rechtsfiguur. Dat betekent op dit moment vooral verandering binnen het recht rond competitie op de markt, dat wil zeggen het mededingingsrecht, staatssteun, en het aanbestedingsrecht. Waar gaat dit heen?

Wat is verstandig voor de Europese Commissie en voor de Minister van KGG om op te nemen in nieuwe regels? Dat is de hoofdvraag van dit rapport en het antwoord komt door te kijken naar de feiten en de normen. Wat is een gemeenschap feitelijk en welke lessen volgen uit de normen, vooral nu de eerste ervaringen zijn opgedaan met de energiegemeenschap als rechtsfiguur? Goede deelvragen moeten de hoofdvraag helpen beantwoorden.

Eerste stap in dit rapport is het opstellen van betere deelvragen naar de feiten en normen van de gemeenschap en het opstellen van een methode van onderzoek. Daaruit volgen feitelijke en normatieve hoofdstukken waarin de vragen een antwoord krijgen. Het eindresultaat is een ongevraagd advies aan de Europese Commissie en de Minister van KGG.

2. Hoofdvraag en deelvragen

Zomer 2023 organiseert de gemeente Amsterdam een selectieprocedure voor een pachter van een stuk landbouwgrond met daarop ook diverse gebouwen. De selectiecriteria vragen in alles om een lokaal gewortelde partij die grond en gebouwen kan inzetten voor verschillende maatschappelijke functies die samen de leefbaarheid van de omliggende wijk vergroten.⁵ Zo'n partij komt voort uit de lokale gemeenschap. Daarvan is er meestal maar één, dus waarom selecteren?

¹ Met dank aan Frank van den Assem, Björn Hoops, Ilonka Marselis, Tim Robbe, Job Swens en Rob Visser

² [Commission-launches-call-evidence-and-public-consultation-evaluation-public-procurement-directives-2024-12-13](#)

³ Het Clean Energy for All Europeans - pakket is in 2019 aangenomen en de regels zijn tussen december 2018 en 2019 in werking getreden, waarna implementatie in de lidstaten van start ging.

⁴ Met een reactie op een Kamermotie gaf de minister van VRO in december 2024 de indruk dat ook zij bezig is met een nota of zelfs een wetsvoorstel, tenzij daarmee de visie van KGG werd bedoeld.

⁵ Selectiebrochure pachter Osdorperweg 937, Gemeente Amsterdam, gepubliceerd op 14-7-2023.

De selectieprocedure van de gemeente volgt nauwkeurig de regels van het Didam-arrest. In de filosofie van dit arrest kan de overheid gebruik maken van de lokale gemeenschap om bij te dragen aan haar beleid, zoals meer leefbaarheid in de wijk, wanneer zij besluit niet zelf het beleid uit te voeren. Echter, dit kan alleen ná een selectieprocedure, alsof competitie altijd nodig is om tot het beste resultaat te komen. Competitie betekent dat de overheid de markt inzet en dit maakt de gemeenschap tot een marktpartij. Daarover oordeelt de gemeente Amsterdam anders eind 2024.

Eind 2024 gaat het gemeentebestuur van Amsterdam akkoord met een advies waarin drie smaken bestaan voor het uitvoeren van overheidsbeleid: zelf doen, in de markt zetten, en in het publiek-civiele domein vormgeven, oftewel de gemeenschap werk laten overnemen.⁶ Kijkend naar het klimaat- en energiebeleid geeft Amsterdam aan dat een marktpartij of civiele partij voorrang kan krijgen, wanneer deze een doel sneller, beter of goedkoper kan realiseren dan de gemeente zelf.⁷ Hier is de gemeenschap een alternatief naast overheid en markt en geen onderdeel van de markt, zoals in de selectieprocedure zomer 2023. Hiermee verwijdt deze gemeente zich van het Didam-arrest.⁸

Er zit een principiële onderscheid tussen aan de ene kant de Didam-filosofie, gevolgd door de gemeente Amsterdam in 2023, en aan de andere kant de filosofie van de EU in het CEP, die ook in de WCW staat en die de gemeente Amsterdam volgt in 2024. Kort gezegd bestaat de wereld 'volgens Didam' uit markt en overheid, en bestaat de wereld volgens 'CEP en WCW' uit markt, overheid en gemeenschap. In het Didam arrest is de gemeenschap een partij die op de markt wordt geselecteerd. In het CEP en in de WCW is de gemeenschap een partij die wordt gekozen uit het rijtje overheid, markt en gemeenschap. Valt dan de keuze op de gemeenschap, dan is geen competitie met ondernemingen aan de orde, want er is op voorhand niet voor de markt gekozen.

De gemeente Amsterdam is duidelijk verder gegaan op het pad, dat diverse wetgevers zijn ingeslagen om de gemeenschap te erkennen als een rechtsfiguur. Daarbij kijkt deze gemeente minder naar staatssteun en vooral naar aanbesteding: de gemeente is bereid om een energiegemeenschap direct onroerende goederen of uitvoering van overheidsbeleid te gunnen. De term 'direct' kan hier toch nog tot verwarring leiden, omdat ook in het geval van competitie directe gunning mogelijk is.

Uitgangspunt is dan dat er wel sprake is van een markt, maar dat die in dit geval wordt uitgeschakeld. In het geval van Amsterdam wordt eerst gekozen tussen zelf doen, markt of gemeenschap. Valt de keuze op de gemeenschap, dan gaan onroerende goederen of uitvoering van beleid daarheen.

De gemeente Amsterdam zal een scherp onderscheid moeten maken tussen de gemeenschap en de competitieve onderneming. Het plan is dat energiecoöperaties zich straks kunnen inschrijven in een 'commonsregister' als energiegemeenschap. De voorwaarden "moeten nog precies geformuleerd worden, maar kunnen bijvoorbeeld bevatten: lokale verankering (gebiedsgericht), voor en door de gemeenschap, open en democratisch georganiseerd, eventuele opbrengsten vloeien terug naar de samenleving in het betreffende gebied, de gemeenschap kan niet omgezet worden in een commerciële partij (geen winstoogmerk en/of onverkoopbaar)".⁹ Wat juiste en bruikbare voorwaarden zijn, is een vraag waaraan gemeente en coöperaties nog werken, en die in het kader van dit onderzoek informatief is voor de Europese Commissie en de Minister van KGG.

⁶ Frank van Erkel, *Naar een volwaardige en volwassen positie van energiegemeenschappen in de energietransitie in Amsterdam, Versterken van publiek-civiele samenwerking naast en met overheid en markt*, Gemeente Amsterdam en APEC, oktober 2024, pag. 17. In haar "Voordracht voor de vergadering van 19 november 2024" heeft het gemeentebestuur bepaald dat zij akkoord gaat met dit advies.

⁷ Idem, pag. 6.

⁸ Dit rapport maakt voor het gemak geen onderscheid tussen het Didam-I en het Didam-II arrest. Dit laatste brengt weliswaar meer helderheid, maar verandert de filosofie niet.

⁹ Zie Van Erkel a.w. p. 21.

Weliswaar volgt de gemeente Amsterdam het pad dat door de Europese wetgever met het CEP is ingeslagen, en door de Nederlandse wetgever met de WCW, maar willen deze laatste twee zover gaan als deze gemeente? Wil de Europese Commissie bij de vernieuwing van de Aanbestedingsrichtlijnen de gemeenschap introduceren als een volwaardig alternatief naast markt en overheid? Mogen overheden dan direct gunnen aan gemeenschappen, waarbij de markt er niet aan te pas komt? Kunnen gemeenschappen dan direct staatssteun krijgen, zonder te hoeven aantonen dat zij geen competitieve onderneming zijn? Hoe ver wil de Minister van KGG gaan, in het licht van deze vragen aan de Europese Commissie?

De minister beperkt zich tot de energiegemeenschap. Dat heeft de Europese Commissie ook gedaan in het CEP, maar er zijn vergelijkbare gemeenschappen actief op terreinen als voedsel, wonen, vervoer en zorg en welzijn. Via andere wegen hebben zij ook hun intrede gedaan in het Nederlandse recht, met name met de komst van het uitdaagrecht dat geldt voor de burger en in het bijzonder voor zijn gemeenschappen. Dit recht is meer dan tien jaar geleden komen overwaaien uit het Verenigd Koninkrijk. Op zijn manier is de Italiaanse grondwetgever al voorgegaan met erkenning van de gemeenschap sinds het Europese Verdrag van 1992. Is de Europese Commissie bereid om bij de vernieuwing van de Aanbestedingsrichtlijnen verder te kijken dan de energiegemeenschap?

De hoofdvraag van dit onderzoek is wat verstandig is voor de Europese Commissie en voor de Minister van KGG om op te nemen in nieuwe regels. Uit de probleemstelling hierboven volgen daarover deze deelvragen:

1. Wat zijn juiste en bruikbare voorwaarden om ingeschreven te worden in het Amsterdamse commonsregister en wat kunnen de Europese Commissie en de Minister van KGG daarvan leren?
2. Wil de Europese Commissie bij de vernieuwing van de Aanbestedingsrichtlijnen de gemeenschap introduceren als een volwaardig alternatief naast markt en overheid?
3. Mogen overheden dan direct gunnen aan gemeenschappen, waarbij de markt er niet aan te pas komt?
4. Hoe ver wil de Minister van KGG gaan, in het licht van deze vragen 2 en 3 aan de Europese Commissie?
5. Kunnen gemeenschappen in de visie van de minister van KGG direct staatssteun krijgen, zonder te hoeven aantonen dat zij geen competitieve onderneming zijn?
6. Is de Europese Commissie bereid om bij de vernieuwing van de Aanbestedingsrichtlijnen verder te kijken dan de energiegemeenschap?

Methode

De Europese, Nederlandse en Amsterdamse wetgever kunnen hun eigen antwoorden geven op de deelvragen. Belangrijk is om daarbij de feiten van de energiegemeenschap in ogenschouw te nemen. Daarom betreft paragraaf 3 hierna deze feiten. Uit die feiten blijkt onder meer de opmars van de gemeenschap in de energievoorziening. De wetgever heeft daarop gereageerd en niet alleen rond energie, maar ook rond andere voorzieningen zoals wonen, zorg en welzijn. Daarom betreft paragraaf 4 een korte analyse van de opmars van de gemeenschap in het recht.

Welke partij moet welk werk verrichten rond energievoorziening? Wanneer is dat de overheid, wanneer een marktpartij en wanneer een gemeenschap? Als dat de gemeenschap is, dan moet de partij die daarvoor wordt aangewezen wel een echte gemeenschap zijn. Om deze reden is terecht dat in het recht normen worden gesteld aan de gemeenschap; die komen aan de orde in paragraaf 5. Als is gekozen voor de gemeenschap, en er is daadwerkelijk een gemeenschap die past in de normen voor een gemeenschap, dan hoeft deze nog niet te passen in andere normen. Met name het recht

rond staatssteun en aanbesteding schuurt. Paragraaf 6 is een analyse van de houdbaarheid van huidige geldende regels uit die rechtsgebieden. Paragraaf 7 sluit af met een conclusie en met discussie.

Het onderzoek is verricht aan de hand van de literatuur en een reeks interviews, en er zijn gesprekken georganiseerd met een groep van enkele tientallen juristen en andere deskundigen. Tot de literatuur horen ook beleidsnotities waaronder het recente rapport van de gemeente Amsterdam en Amsterdamse energiecoöperaties. Door dicht bij de opstellers van deze en andere rapporten en notities te staan, en dicht bij juristen in hun praktijk, is dit onderzoek voor een deel ook participatief, onder meer door mee te lopen met de oprichting van warmtebedrijven.

De energiegemeenschap is in dit rapport de bron van inspiratie, maar het rapport zal zich hier niet toe beperken en bijvoorbeeld kijken naar gemeenschappen rond zorg en welzijn en rond wonen, waarvoor ook de gemeente Amsterdam aandacht heeft. Het onderzoek concentreert zich echter op de energiegemeenschap en dat vestigt de aandacht op de energiecoöperatie, de meest voorkomende vorm van de energiegemeenschap in Nederland en veel andere lidstaten van de EU. In de methode van onderzoek speelt de energiecoöperatie een centrale rol.

3. De alledaagse praktijk van de energiegemeenschap

3.1. Multi-carrier-sector-vector-benefit

In steeds hoger tempo worden aardolie, aardgas en kolen vervangen door duurzame bronnen en dragers, zoals zon, wind, biomassa, biogas, waterstofgas, waterkracht, aquathermie, geothermie en kernenergie. In beide gevallen is de energievoorziening multi-carrier, maar in geval van de duurzame dragers is de variëteit van de carriers groter, extra-multi-carrier. Er zijn meer verschillen tussen de dominante, fossiele en de opkomende, duurzame energievoorziening.

De dominante energievoorziening is sterk centraal en de opkomende is meer decentraal. Dat is deze laatste, omdat het gebruik van duurzame energiedragers vaak op locatie kan, zelfs op het dak van de eigen woning met zonnepanelen, of met warmte in de bodem onder die woning. Tegelijk is er ook duurzame productie op centrale locaties, bijvoorbeeld bij wind op zee, productie van waterstofgas op zee, of kernenergie. Het verschil is dat transport niet langer enkel gaat van grote energiecentrales naar decentrale locaties waar energie wordt gebruikt, maar ook tussen decentrale locaties waar energie wordt gebruikt en geproduceerd.

De opkomende energievoorziening heeft meerdere richtingen, deze is multi-vector, en dit gaat nog verder. De dominante energievoorziening kent in elk geval drie sectoren, aardolie, aardgas en kolen. Binnen elk van die drie sectoren zitten weer de sectoren productie, transport, opslag, levering, distributie. Dit multi-sectorale karakter is sterker binnen de opkomende energievoorziening. In de eerste plaats omdat deze werkt met meer energiedragers, in de tweede plaats vanwege meer coördinatie tussen de verschillende sectoren. Zo vindt bij een lage temperatuur warmtenet coördinatie plaats van voeding van dit net door warmte uit de bodem, restwarmte, elektriciteit en soms nog meer, zoals gas.

Een ander voorbeeld van coördinatie is levering van een windmolen aan een warmtenet dat de elektriciteit omzet in warmte en opslaat. Dat gebeurt het beste wanneer het hard waait, omdat de marktprijs van elektriciteit dan daalt en levering aan een warmtenet kan dan meer opbrengen dan op de open markt. Een alternatief is op dat moment batterijen opladen, of apparatuur aanzetten die niet altijd hoeft te draaien. Productie, opslag en gebruik worden in een goede balans gebracht, en dat kan helpen om congestie te voorkomen bij transport.

Coördinatie vindt plaats tussen sectoren als productie en transport, en tussen productie en gebruik, en dit wordt steeds verfijnder. De duurzame bronnen, wind, zon en water, kunnen we niet 'aanzetten'. Gevolg is dat er meer flexibiliteit noodzakelijk is. Er zal vaker behoefte zijn aan conversie. Meerdere bronnen werken samen om een doel te dienen: denk aan warmte. Assets moeten flexibeler ingezet kunnen worden, en er is meer opslag nodig. Dit vereist een verfijndere coördinatie, meer flexibele assets, opslag en conversie mogelijkheden, dan de huidige coördinatie. De flexibiliteit die nodig is om te balanceren kan ook worden ingezet voor andere doeleinden zoals bestrijding van congestie.

De actieve gebruiker krijgt een rol die groter is dan alleen produceren, maar neemt ook een rol door opslag aan te schaffen, en door flexibiliteit te leveren aan de landelijke netbeheerder of lokaal aan de distributienetbeheerder waardoor het transport minder wordt beperkt door congestie. De opkomende energievoorziening is meer multi-sector dan de dominante voorziening, en tussen de sectoren vindt meer coördinatie plaats. Dit laatste maakt de opkomende energievoorziening nog sterker multi-vector dan alleen transport tussen decentrale locaties, want bijvoorbeeld ook tussen productie en opslag, en opslag en transport.¹⁰

Goede coördinatie van het gebruik van bijvoorbeeld een windmolen kan de totale behoefte aan windmolens doen afnemen. Dat is gunstig voor het gebruik van de ruimte. Coördinatie heeft niet alleen effect op de sectoren waaruit de energievoorziening zelf bestaat, maar ook op sectoren daarbuiten, zoals ruimtelijke ordening. Een geheel ander voorbeeld is het effect van een energiecoöperatie op de sociale cohesie in een wijk, waardoor actieve gebruikers elkaar vinden om nog veel meer te gaan doen, zoals het leggen van groene daken en het optuigen van een systeem voor elektrische deelauto's. Die kunnen weer helpen bij het verminderen van netcongestie.¹¹

De energiesector heeft invloed op onder meer de sector ruimtelijke ordening en op de sociale sector, maar deze invloed is ook omgekeerd. Een goede ruimtelijke ordening kan bijvoorbeeld bij nieuwbouw rekening houden met energie, en een sterke sociale cohesie helpt om collectieven van actieve gebruikers sneller te doen groeien, tot een energiecoöperatie bijvoorbeeld. Het multi-sectorale karakter van energievoorziening is intern en extern, binnen en buiten de energiesector. Multi-vector betekent interne en externe coördinatie. In deze coördinatie speelt de gemeenschap een cruciale rol; deze ontstaat door coördinatie en omgekeerd.

Als binnen en buiten de energiesector tussen zoveel sectoren wordt gecoördineerd met zoveel vectoren, dan ligt voor de hand dat daar sectoren tussen zitten die nauw gaan samenwerken, misschien zelfs integreren. Denk aan het contract van een groot windpark met zijn gebruikers. Daarin staat dat de gebruikers hun gedrag zullen afstemmen op de momenten waarop het wel en niet waait. Het windpark garandeert daarvoor een lagere prijs, en koopt zo zijn garantie op betaling van die prijs, ook wanneer het hard waait en de prijs anders negatief zou zijn.

Integratie binnen de energiesector staat ook wel bekend als systeemintegratie. Een voorbeeld van integratie buiten deze sector is de samenwerking tussen een waterzuiveringscentrale en een elektrolyser. Die produceert waterstof en drie restproducten, warmte, puur water en zuurstof. Deze laatste drie zijn bruikbaar in het proces van waterzuivering. Een ander voorbeeld is gebruik van de

¹⁰ David Dooghe, Rebecca Dowling, hoofdstuk 3 in *New Routes for the Energy Transition*, NWO 2023. In de elektriciteitsmarkt wordt opslag eigenlijk gezien als productie/ afname, afhankelijk van wat de opslag doet.

¹¹ [Renault Group, We Drive Solar and MyWheels join forces with the city of Utrecht to launch Europe's first V2G enabled car-sharing service - We Drive Solar](#)

accu van een auto om een woning energieneutraal te maken; tegelijk dienen panelen op het dak van die woning om deze accu op te laden.¹²

Integratie kan een meerwaarde opleveren die meer is dan de som der delen. Zo zijn de elektrolyser en waterzuiveringsinstallatie verlost van transportproblemen van warmte, puur water en zuurstof, en heeft de woningeigenaar een hele goedkope energiebron voor de accu van zijn auto en hoeft deze voor zijn huis geen aparte accu aan te schaffen. Dergelijke extra baten uit integratie komen naast de diverse baten die er binnen en tussen de verschillende sectoren al gemaakt worden. De energiesector is multi-benefit. Alles bij elkaar is deze multi-carrier, -sector, -vector, -benefit. Dat is deze meer op decentrale dan op centrale locaties, maar deze laatste verdwijnen niet.

3.2. Tripartisering

Om de energiesector multi-carrier, -sector, -vector, -benefit te houden en verder in die richting te ontwikkelen is afstemming nodig. Daaruit ontwikkelt zich een gemeenschap en omgekeerd is zonder gemeenschap geen afstemming mogelijk. Reden is dat de afstemming tussen alle sectoren in alle richtingen, vectoren, regelmatig bijstelling vergt. Daarin leren de verschillende betrokken partijen elkaar steeds beter kennen en zo ontwikkelt zich een gemeenschap. Die ontwikkelt zich verder als partijen een volgende stap zetten, bijvoorbeeld wanneer zij een batterij aanschaffen, of diensten gaan leveren om netcongestie te helpen beheersen. Dat levert weer nieuwe benefits op.

Het helpen beheersen van netcongestie laat de kracht zien van een decentraal energiesysteem voor het grotere, meer centraal gestuurde systeem. Ook daar zijn mensen voor nodig die zorgen dat het werk van de ene gemeenschap aansluit op de andere. Zij zijn om te beginnen lokaal georganiseerd, daar ligt hun kracht en zij leveren ook op lokaal niveau waarde. De actieve gebruiker werkt in plaatselijke collectieven, energiegemeenschappen, aan opwek, opslag, distributie, levering en meer. Vanuit die kracht de verbinding zoeken met anderen zorgt dat transport en levering zich afspeelt tussen decentrale locaties en een nieuwe basis biedt voor het centrale energiesysteem.¹³

Coördinatie van het energiesysteem, centraal en decentraal, geschiedt niet alleen door de gemeenschap. Sterker nog, sinds halverwege de jaren negentig was het uitgangspunt dat coördinatie geschiedt door de markt, en door de overheid voor zover de markt het systeem niet kan en mag coördineren. De gemeenschap dient zich aan sinds ongeveer 2005 en serieus sinds 2021 met het in werking treden van twee Europese Richtlijnen uit het CEP in 2018 en 2019. Van een bipartite coördinatie van een gecentraliseerd energiesysteem is de route ingezet naar de tripartite coördinatie van een systeem dat de juiste balans zoekt tussen centraal en decentraal.

Net zoals markt en overheid elkaar in de bipartite relatie aanvullen en controleren, werken zij in de tripartite relatie met de gemeenschap erbij. De relatie is niet gebaseerd op competitie, maar op samenwerking. Wat brengt de gemeenschap dat markt en overheid niet brengen? Er zijn op z'n minst twee grote verschillen, non-dominantie en non-competitie. Non-dominantie volgt uit de twee Richtlijnen uit het CEP die de energiegemeenschap introduceren, de IEMD en de RED II.¹⁴ Beide eisen op hun manier autonomie en volgens Hoops is dat non-dominantie van betrokken partijen.¹⁵

¹² Er is nog weinig bi-directioneel laden vanwege beperkt aanbod en vendor lock-in.

¹³ Zie ook Van Erkel a.w. p. 40.

¹⁴ Internal Electricity Market Directive (EU) 2019/944, IEMD; Renewable Energy Directive (EU) 2018/2001, RED II.

¹⁵ Björn Hoops, EU Directives on the internal governance of energy communities and their exclusionary effects, *Journal of World Energy Law and Business*, 2024, p. 158.

Hoops omschrijft de autonomie van hernieuwbare energie gemeenschappen als de afwezigheid van dominantie door individuele leden, investeerders of andere samenwerkingspartners. Binnen de markt en overheid is dominantie meestal geen probleem en vaak een voorwaarde voor snelle beslissingen. Het andere grote verschil dat de gemeenschap maakt, is non-competitie: markt en overheid zijn overwegend competitief en de gemeenschap is overwegend non-competitief. Competitie wil zeggen dat de keuze voor het ene ten koste gaat van het andere. Zo werkt de markt wanneer de concurrentie hard is en zo werkt de overheid wanneer het politieke gevecht hard is. De gemeenschap ontkomt daaraan niet altijd, maar kiest bij voorkeur voor het ene én het andere.

De markt kiest liever voor een elektrolyser die waterstofgas levert, terwijl warmte, puur water en zuurstof geloosd worden. De samenwerking met een waterzuivering is voor de markt al snel te complex en is een typische gemeenschapsoplossing. Ook voor de waterzuivering zelf, een overheid, kan deze samenwerking te complex zijn. Immers, deze wordt niet afgerekend op waterstofgas, warmte, puur water en zuurstof, maar op schoon water. De overheid moet ervan overtuigd worden dat waterzuivering beter af is door mee te doen met de gemeenschapsoplossing.

De non-competitieve houding van de gemeenschap brengt extra waarde, bijvoorbeeld door te zorgen dat waarden als warmte, puur water en zuurstof niet weggegooid worden. Zo maakt de gemeenschap het energiesysteem waardevoller, ook voor de overheid en de markt. Deze kunnen meewerken aan de gemeenschapsoplossing, mogelijk zelfs door toe te treden. Er zijn dus geen tegenstellingen, behalve wanneer de gemeenschap activiteiten gaat ondernemen die typisch zijn voor de overheid, of de markt. Zo doet een marktpartij ook niets dat typisch is voor de overheid.¹⁶ Om die reden is goed dat partijen elkaar controleren; er is sprake van een soort *checks and balances*.

Een voorbeeld van checks-and-balances is de aanbesteding van een windpark op zee aan grote marktpartijen die kunnen bewijzen de ontwikkeling van zo'n park aan te kunnen. Zo houdt de overheid controle dat de juiste partijen inschrijven op de aanbesteding. Hier kunnen partijen tussen zitten die afspraken maken met gemeenschappen van bewoners om de elektriciteit goed gecoördineerd af te nemen, opdat zo weinig mogelijk elektriciteit tegen een negatieve prijs de markt opgaat. Deze gemeenschappen houden zo controle dat ook de bewoner profiteert van wind op zee. Zij zijn er nog niet echt in geslaagd de overheid te bewegen daarop toe te zien door bewonersparticipatie te eisen.¹⁷ De tripartisering is een doorlopend en onvolmaakt proces.

Het competitieve karakter van marktpartijen maakt dat zij zich toeleggen op het halen van voordeel uit het energiesysteem. Denk aan het maken van winst op een windmolen. Als dit niet langer lukt, zoals momenteel het geval is bij warmtenetten, dan verlaten zij de markt. Overheden kunnen zich niet permitteren om hun rol in het energiesysteem op te geven, maar hebben moeite om een warmtenet te zien als meer dan een producent van energie. Zo is het lastig voor een afdeling sociale zaken om een warmtenet te zien als een apparaat dat helpt bij het vergroten van sociale cohesie, of het bestrijden van (energie)armoede. Een gemeenschap heeft hiermee veel minder moeite.

Het non-competitieve karakter van de gemeenschap maakt dat deze niet hoeft te scoren met een enkel resultaat, een eis die wel gesteld wordt aan ondernemingen en overheidsafdelingen. De gemeenschap staat open voor de kansen en beperkingen van de directe omgeving en hoe de kansen dienen om de beperkingen op te heffen, waardoor de omgeving in zijn geheel sterker wordt. In lijn hiermee ziet de gemeenschap het energiesysteem als een middel tot een reeks doelen die het

¹⁶ Het perspectief wat een overheidstaak is, en wat een markttaak, kan veranderen. Zo is in veel landen het elektriciteitsnet in handen van private partijen, terwijl dat in Nederland in publieke handen is.

¹⁷ Klimaatakkoord hoofdstuk D5: Bevordering draagvlak, 2019

energiesysteem kunnen versterken als het energiesysteem deze doelen versterkt. Denk aan het helpen verminderen van netcongestie, of van energiarmsheid. Een onderneming of overheid staat onder druk om het energiesysteem te zien als middel tot het enkele doel waarop deze wordt afgerekend.

Een onderneming wordt afgerekend op winst, dus zal op energie winst proberen te halen en die kan terecht komen bij partijen met geen prikkel om die winst opnieuw uit te geven in de omgeving waarin de energie is opgewekt. Een overheidsafdeling wordt afgerekend op bijvoorbeeld duurzaamheid en kan gevoelig zijn voor de CO₂-winst van een warmtenet in handen van een groot energiebedrijf. Dat de financiële winst verdwijnt uit het gebied, en er bijvoorbeeld geen sociale effecten zijn van een warmtenet in handen van de gebruikers, is niet waarop deze afdeling wordt afgerekend.¹⁸ Voor zowel de onderneming, als de overheid kan samenwerking met een gemeenschap dit veranderen.

4. De gemeenschap in het recht

Het recht kent bevoegdheden toe aan het individu en aan entiteiten, de overheid en rechtspersonen. Een rechtspersoon kan een groep mensen organiseren, denk aan aandeelhouders in een BV, of de leden van een vereniging. Zij hebben rechten om als groep te beslissen, denk aan stemrecht. Dit is een groepsrecht dat in principe open staat voor ieder individu. Daarnaast zijn er rechten die enkel open staan voor leden van bijzondere groepen. Al Salman spreekt van *group rights*, groepsrechten, en van *group-differentiated rights*, hier vertaald als gemeenschapsrecht.

Hoewel een aandeelhouder, of lid van een vereniging, individueel stemrecht heeft, beslist deze niet individueel, maar collectief. Een groepsrecht is collectief, een gemeenschapsrecht is een individueel recht voorbehouden aan de leden van een specifieke groep. Niet-leden hebben deze rechten niet.¹⁹ Helder is dat de groepsrechten tot op de dag van vandaag bestaan in het Nederlandse recht, van de gemeenschapsrechten is dit minder duidelijk. Tot de Franse tijd wel, maar de meeste sporen hiervan zijn uit het recht verdwenen, hoewel nooit helemaal.

In het tuchtrecht hebben leden van verenigingen en beroepsgroepen een gemeenschapsrecht, zoals voetballers die een rode kaart aanvechten, of advocaten die elkaar aan hun beroepscode houden. Het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (ICCPR) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) beschermen gemeenschapsrechten van minderheden. In dit licht valt op dat langs andere weg de gemeenschap de afgelopen tien jaar bezig is aan een opmars in het recht. Er ontwikkelt zich een nieuwe vorm van gemeenschapsrecht, anders dan Al Salman beschrijft.

In artikel 2.6.7 van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) staat *the Right to Challenge*, het recht van een gemeenschap om de overheid uit te dagen. In artikel 6, lid 5, van de Wet stelsel openbare bibliotheekvoorzieningen staat dat ingezetenen en maatschappelijke initiatieven bij de uitvoering van het beleid kunnen worden betrokken. Beide wetten gelden sinds 2015 en in dat jaar heeft de nieuwe Woningwet rechten toegewezen aan huurders die een coöperatie willen starten.

¹⁸ Verkokering van de overheid is hiervan een oorzaak, zie Heijden, Jurgen van der, Shanita Rambharos, Hade Dorst, Investing in co-benefits: A financial-economic and political explanation, forthcoming in Mahesti Okitasari, Paul Hudson, Masachika Suzuki Eds., *Equitable and Sustainable Cities – Economics and Disruptive Technologies*, Springer Singapore, 2025, Advances in 21 Century Human Settlements.

¹⁹ Yara Al Salman, *Sharing in Common, A Republican Defence of Group Ownership*, Dissertatie Universiteit Utrecht 2022 p. 53.

Sinds begin 2021 gelden uit het CEP de IEMD en de RED II die de energiegemeenschap introduceren.²⁰ Zij worden in Nederland geïmplementeerd in de Wcw en de Energiewet.

De energiegemeenschap is “een samenwerkingsverband van burgers, mogelijk samen met bedrijven, en/of lokale overheden die gezamenlijk duurzame energie opwekken, beheren en verbruiken. Een energiegemeenschap gaat uit van lokaal eigenaarschap en democratische controle. De voordelen van de energieopwekking blijven binnen de (lokale) gemeenschap. Het doel van energiegemeenschappen is om ecologische, sociale en economische voordelen te behalen, niet om alleen maar winst te maken”.²¹ De IEMD en RED II geven rechten aan energiegemeenschappen; deze betreffen in de eerste plaats mogelijkheden tot energiedelen en uitzonderingen op het verbod op ongeoorloofde staatssteun.²² Hoops spreekt hier van privileges, anderen van voorrang.²³ In de tweede plaats betreffen deze rechten het ondervangen van nadelen van energiegemeenschappen op de markt, en dat gaat vooral om aanbesteding.²⁴

In het Verdrag van Faro staat al sinds 2005 de erfgoedgoedgemeenschap, maar dit verdrag is nog niet geratificeerd. In 2022 is het voorstel *Wet versterking participatie op decentraal niveau* ingediend. Daarin wordt het uitdaagrecht breder verankerd dan in de WMO en geldt voor meer beleidsterreinen van lagere overheden, niet de Rijksoverheid. Dit wetsvoorstel is in juni 2024 definitief aangenomen.²⁵ Daarmee zijn er nu vijf rechtsbronnen die de gemeenschap in het recht introduceren, en misschien op termijn het Verdrag van Faro.²⁶ Tenslotte is er nog een oudere bron, het Verdrag van Maastricht uit 1992. Dit is in het Italiaanse recht een bron geweest om de gemeenschap te introduceren, en zou dat ook in Nederland kunnen zijn.²⁷

In de Grondwet staat sinds jaar en dag het Petitierecht. Op basis daarvan mogen burgers verzoeken om de feitelijke uitvoering van een taak van de overheid over te nemen. De overheid moet dit verzoek in overweging nemen en mag dit om goede redenen inwilligen of weigeren. Daarbij maakt het geen verschil of deze taak in autonomie of medebewind wordt uitgevoerd, behalve dat bij

²⁰ Intussen gaat de erkenning van de lokale gemeenschap verder in Europese regelgeving, zie artikel 30 t/m 34 in de Verordening (EU) 2021/1060 van het Europees Parlement en de Raad.

²¹ Van Erkel, a.w. p. 9. Van Erkel gaat hier voorbij aan het onderscheid dat er is tussen twee soorten energiegemeenschappen. Dat onderscheid wordt in deze versie van dit rapport nog niet gemaakt. Als we kijken naar energie coöperaties zijn de elektriciteit coöperaties zowel lokaal als niet lokaal georiënteerd en de warmte coöperaties uitsluitend lokaal georiënteerd. Dit rapport gaat met name over de gemeenschap zoals gedefinieerd in de RED II, de Renewable Energy Community (REC). Uit de IEMD volgt de CEC, Citizen Energy Community, die een enigszins ander karakter heeft, dat misschien dichter bij de onderneming staat.

²² Staatssteun: RED II, overweging 26, en de Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022, de overwegingen 75, 107b en 120. Ook staan er privileges in het Temporary Crisis and Transition Framework, par. 2.5.1 en 2.5.2.

²³ Hoops a.w. p. 148.

²⁴ RED II, artikel 4 lid 4.

²⁵ Driessen, E. M. M. A. (2024, June 18). *Stimulering en facilitering van burgerinitiatieven door de overheid: over de invulling van de ‘dienende overheid’ bij derde generatie burgerparticipatie*. Boom, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3731030>, zie par. 2.5.3 voor een historie van de opkomst van het Uitdaagrecht in Nederland. Dit dissertatie-onderzoek is afgesloten vóór Wet versterking participatie op decentraal niveau definitief werd.

²⁶ Behalve in het Verdrag van Faro en de beide Europese Richtlijnen wordt nergens het woord gemeenschap genoemd. Van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning en de Wet versterking participatie op decentraal niveau is echter duidelijk dat zij zich hebben gebaseerd op *the Community Right to Challenge*. Idee is dat de Wet stelsel openbare bibliotheekvoorzieningen daarop ook is gebaseerd, zie MvT Wet Decentralisatie Participatie p. 21.

²⁷ Chiara Salati, The forgotten meaning of the EU principle of subsidiarity. Horizontal subsidiarity in Italian local governments, Governance Papers DiGoP 02/2023, Eurac Research, Bolzano/Bozen, Italy, 2023, <https://doi.org/10.57749/hcdq-2p97>.

medebewind de overwegingen anders zijn. De taak blijft een verantwoordelijkheid van de overheid, dus zij mag deze op goede gronden ook weer terugnemen, nadat deze aan burgers is overgedragen.

De vernieuwing die de *Wet Decentralisatie Participatie* brengt, is het expliciteren dat het verzoek om de feitelijke uitvoering van een taak van de overheid over te nemen een onderdeel is van het Petitierecht. Het recht op dit verzoek heet het uitdaagrecht en hieruit laat de wetgever de wetswijziging volgen om het opstellen van een inspraakverordening te veranderen in een participatieverordening. Doel daarvan is om met behulp van deze laatste verordening voorspelbaar te maken aan de burger hoe de overheid een uitdaging afweegt.²⁸ Hoewel dit de letter van de Grondwet niet verandert, verandert dit wel de geest, omdat de gemeenschap nieuw is.

De wetgever gaat daar nauwelijks op in, maar het uitdaagrecht komt toe aan een gemeenschap van burgers. Het uitdaagrecht is geïnspireerd door de *Community Right to Challenge* en het is niet de bedoeling dat een individuele burger het recht krijgt om overheidsbeleid uit te voeren. Uit de theorie van Al Salman volgt dat dit recht een gemeenschapsrecht is, want het valt toe aan individuele leden van een gemeenschap. Zij kunnen dit recht echter niet individueel uitoefenen, maar alleen als groep, een groepsrecht in haar theorie. Dit is precies de combinatie van gemeenschapsrecht en groepsrecht, die volgens Al Salman niet voorkomt, maar die gemeenschappen nu juist in de praktijk brengen.

De gemeenschap, zoals deze de afgelopen jaren in het recht opkomt, houdt het midden tussen het groepsrecht en gemeenschapsrecht. Om te beginnen is het lidmaatschap van de gemeenschap een individueel recht dat collectief wordt uitgeoefend, zoals het groepsrecht. Hoops geeft in het geval van de energiegemeenschap aan dat deze groep autonoom is, zonder dominantie van betrokkenen. Dit staat heel dicht bij de centrale stelling van het proefschrift van Al Salman dat gemeenschappelijk eigendom van goederen, samen met afwezigheid van dominante partijen, de betrokken individuen versterkt en het duurzaam gebruik van die goederen versterkt.²⁹ Dat past weer precies bij de bedoelingen van de EU die de energiegemeenschap heeft geïntroduceerd.

Wat niet past in de denkwijze van Al Salman is dat een groepsrecht is voorbehouden aan een bijzondere groep, een gemeenschap van mensen waarvan niet iedereen lid kan worden. Toch is dat het geval bij de gemeenschappen die de laatste jaren opkomen, vooral omdat deze lokaal georiënteerd zijn en mensen uit een andere plaats geen lid kunnen worden. Afgemeten aan het onderscheid van Al Salman is hier een geheel eigen, nieuwe rechtsfiguur in opkomst. Juristen spreken in dat geval van *sui generis*, van zijn eigen soort. Misschien dat dit verklaart waarom deze niet zonder meer inpasbaar is binnen het huidige geldende recht, met name rond staatssteun en aanbesteding.

De dissertatie van Driessen geeft scherp weer hoe er binnen diverse rechtsgebieden is geworsteld met de opkomst van de gemeenschap. Zij spreekt van burgerinitiatief en juist dat illustreert de worsteling, omdat langs tal van wegen is geprobeerd om dit burgerinitiatief in te passen binnen de dominante filosofie dat markt en overheid de samenleving sturen. De markt zorgt dat voorzieningen als energie, zorg, voedsel, wonen en vervoer bij de mensen komen, en de overheid voor zover de markt dit niet kan of mag. Duidelijk is dat burgerinitiatieven daarvoor ook zorgen, maar zij zijn onderdeel gemaakt van de dominante filosofie dat markt en overheid sturen.

Binnen de dominante filosofie zijn burgerinitiatieven partijen die initiatieven nemen binnen het publieke en private domein, en dit doen als marktpartij die concurreert met andere marktpartijen. Denk aan een groep bewoners die een vervoersdienst opzetten, als een buslijn wordt geschrapt, die het energieloket overnemen van de gemeente, of die een warmtenet ontwikkelen en daarmee het

²⁸ Paragraaf 6 van de Memorie van Toelichting bij de Wet Decentralisatie Participatie.

²⁹ Al Salman a.w. p. 287 – 288.

werk van gemeente en bedrijven verlichten om wijken aan een warmtenet te krijgen. Feit dat zij werk overnemen van energiebedrijven is zeker reden hen te zien als marktpartijen. Op die partijen zijn het mededingingsrecht en aanbestedingsrecht van toepassing en binnen beide geldt het gelijkheidsbeginsel: op de markt moeten partijen gelijke kansen hebben.

Het gelijkheidsbeginsel staat open voor verschillen tussen partijen en daarmee voor maatregelen om te zorgen dat er gelijke kansen bestaan voor zwakkere partijen, zoals burgerinitiatieven. Dit schraagt velen in hun geloof dat het burgerinitiatief is in te passen binnen de filosofie dat markt en overheid de samenleving sturen. Driessen geeft aan hoe de meeste literatuur past in deze stroming. Daarnaast doet zij de poging om hieraan te ontsnappen met het dienstbaarheidsbeginsel als alternatief voor het gelijkheidsbeginsel, maar blijft binnen het stramen van markt en overheid. Zo ontsnapt zij niet aan het idee dat het burgerinitiatief een marktpartij is.³⁰ Dat verandert met het idee dat burgerinitiatief een gemeenschap is en dat de gemeenschap een alternatief is naast markt en overheid.

5. Normering

De energiegemeenschap is in dit rapport een bron van inspiratie, maar het rapport zal zich hier niet toe beperken en bijvoorbeeld ook kijken naar gemeenschappen rond zorg en welzijn en rond wonen, waarvoor de gemeente Amsterdam eveneens aandacht heeft. Het onderzoek concentreert zich echter op de energiegemeenschap en dat vestigt de aandacht op de energiecoöperatie, de meest voorkomende vorm van de energiegemeenschap in Nederland en veel andere lidstaten van de EU.

Een energiecoöperatie kan in zijn statuten vastleggen dat deze zichzelf beschouwt als een energiegemeenschap en zich zo zal gedragen. Deze coöperatie zal zelf zelden consequenties voelen als deze zich gedraagt als een competitieve onderneming, want dat mag een coöperatie ook. Heeft echter een gemeente deze coöperatie onroerend goed of uitvoering van beleid gegund op basis van de veronderstelling dat het een energiegemeenschap is, en een echte competitieve onderneming verzet zich daartegen met succes, dan is de gemeente aansprakelijk. Dat legt verantwoordelijkheid bij de gemeente om het kaf van het koren te scheiden door middel van normering.

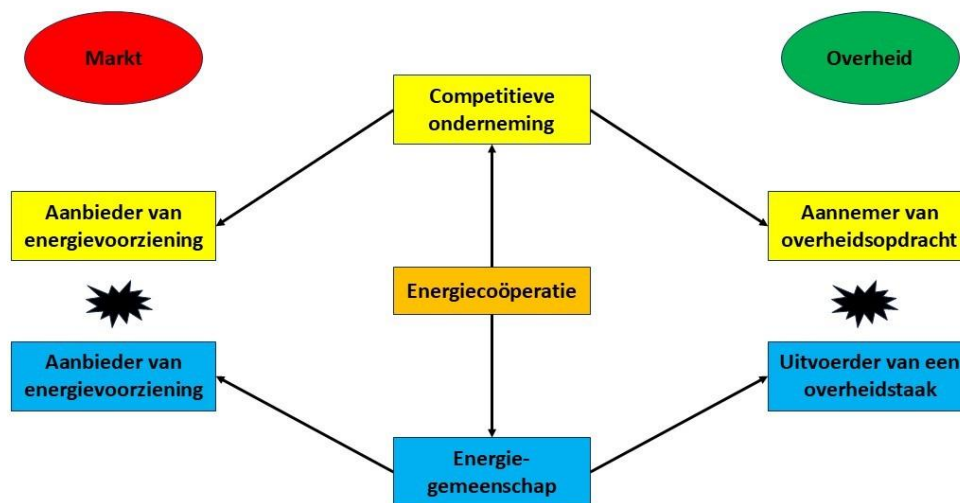
Bij het kiezen tussen zelf doen, markt inzetten en aan de gemeenschap overlaten heeft de overheid een vrijheid die gebonden is aan normen. Zo moeten overheden volgens de Wet Markt & Overheid eerlijk concurreren met bedrijven die ook kunnen wat de overheid kan, zoals bedrijfsafval ophalen. Civiele partijen hebben in de WCW een recht om zelf een warmtenet aan te leggen en te exploiteren. Ook dat bindt de keuze van de overheid uit de drie alternatieven. Bepalend voor die keuze is het onderscheid tussen overheid, markt en civiel, burgerinitiatief. Met name het verschil tussen een marktpartij en burgerinitiatief is soms subtiel en tegelijk risicovol voor een gemeente.

Interessant kenmerk van een gemeenschap is dat het de overheid is die besluit of een gemeenschap dat ook werkelijk is. Aan dit besluit gaat uiteraard het gedrag van een gemeenschap vooraf. Neemt een overheid haar besluit zorgvuldig, dan heeft de gemeenschap het door juist gedrag zelf in de hand om te zorgen dat de overheid het juiste besluit neemt. Daarin kunnen echter de overheid en de gemeenschap op verschillende punten de mist ingaan; het onderscheid tussen commerciële onderneming en gemeenschap is hier en daar subtiel. Overheid, gemeenschap en ook marktpartijen moeten een zo helder mogelijk juridisch onderscheid maken tussen de gemeenschap en de competitieve onderneming.

³⁰ Driessen a.w. p. 265.

De competitieve onderneming verricht economische activiteit, dat is iedere activiteit die erin bestaat goederen of diensten op een markt aan te bieden.³¹ Deze onderneming is een marktdeelnemer in een markteconomie; zijn deelname door transacties is marktconform. Dat wil zeggen op voet van gelijkheid, concurrerend en transparant.³² Hierachter gaat veel jurisprudentie en wetgeving schuil. Zeker omdat marktpartijen onder druk staan van competitie willen zij nog wel eens botsen met elkaar en met het recht. Daarom heeft hun gedrag een indruk in het recht achtergelaten en kan daaruit met enige zekerheid deze omschrijving afgeleid worden van een competitieve onderneming. De gemeenschap echter, heeft nog maar een zeer geringe indruk achtergelaten in het recht. Zoals gezegd is deze het meest uitgekristalliseerd in de IEMD en de RED II.

Een energiegemeenschap mag zelf kiezen voor het soort rechtspersoon waarmee deze door het leven wil gaan, vaak is dat de coöperatie. Deze helpt om duidelijk te maken hoe subtiel het onderscheid kan zijn tussen een gemeenschap en een competitieve onderneming. De coöperatie kan en mag namelijk beide zijn. Dat is nog helder, maar het onderscheid wordt lastig, omdat de coöperatie in zijn hoedanigheid van gemeenschap ook actief mag zijn op de markt, en in zijn hoedanigheid van onderneming werkzaam kan zijn voor de overheid. De volgende afbeelding kan dit verhelderen:



Uit deze afbeeldingen volgen vier activiteiten van de energiecoöperatie; twee als competitieve onderneming en twee als energiegemeenschap:

1. *Aanbieder van energievoorziening als competitieve onderneming*

Een energiecoöperatie kan bijvoorbeeld als eigenaar van een zonnepanelen elektriciteit verkopen op de open markt, en gedraagt zich dan als competitieve onderneming.

2. *Aanbieder van energievoorziening als gemeenschap*

Energiegemeenschappen mogen (onder andere) de volgende activiteiten uitvoeren: opwekking, levering, distributie, aggregatie (flexibiliteit, balancering), opslag, diensten voor energiebesparing, oplaaddiensten voor elektrische voertuigen, energiedeling, collectieve zelfconsumptie.

³¹ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Publicatieblad van de Europese Unie* (2016/C 262/01), paragraaf 2.

³² Idem, paragraaf 4.2.3

3. *Aannemer van een overheidsopdracht als competitieve onderneming*

Een energiecoöperatie kan opdrachten aannemen van de overheid, denk aan het bemensen van het energieloket, of het realiseren en exploiteren voor de overheid van zonnepanelen op daken van overheidsgebouwen.

4. *Uitvoerder van een taak na uitdaagrecht als gemeenschap*

Als gemeenschap van burgers kan de energiecoöperatie een taak uit handen nemen van de overheid. Dat kan in goed overleg met de gemeente, via het uitdaagrecht, of via politiek initiatief vanuit de gemeenteraad of een burgerforum. Vaak nemen bewoners initiatief op grond van lokale autonomie van een of meer dorpsgemeenschappen of buurtgemeenschappen, bijvoorbeeld via een dorpsraad of stadsdeel.

De afbeelding maakt duidelijk waar de risico's liggen voor de overheid en ook voor de coöperatie en commerciële ondernemingen. Het is zaak te voorkomen dat gewerkt wordt aan energievoorziening door een coöperatie, die een competitieve onderneming is, terwijl een energiegemeenschap dat beter kan doen. Andersom moet een energiegemeenschap niet werken aan energievoorziening waarvoor een competitieve onderneming beter geschikt is. Evenzeer moet worden voorkomen dat een coöperatie, die een competitieve onderneming is, opdracht krijgt een taak uit te voeren die beter in handen van een gemeenschap kan komen. Andersom moet een gemeenschap geen taak uitvoeren die beter gegund kan worden als opdracht aan een competitieve onderneming.

Zeker nu het recht rond de gemeenschap nog jong is, is lastig om te bepalen wat de juiste partij is om te werken aan passende energievoorziening en de juiste partij om te werken aan een taak die de overheid uit handen geeft. Willen gemeenschappen in aanmerking komen om behandeld te worden als een gemeenschap die in rechte is vrijgesteld van regels rond aanbesteding en staatssteun, dan doen zij er goed aan om zich te gedragen als zo'n gemeenschap en vooral niet als een competitieve onderneming. Om deze reden is terecht dat in het recht normen worden gesteld aan de gemeenschap, zoals nu in de IEMD en RED II, en als gevolg daarvan in de WCW en de Energiewet.

(hieronder de normen overgenomen van de werkgroep in A'dam; nog bewerken m.b.v. Hoops)

Idee is dat we bij de inrichting van de Kamer van Commons³³ 'ten minste' de criteria gebruiken die de Energiewet (elektriciteit en gas) en Warmtewet nu gebruiken voor respectievelijk Energiegemeenschappen en Warmtegemeenschappen:

Energiegemeenschap is een gemeenschap:

- die een juridische entiteit is die voor haar leden, vennoten of aandeelhouders activiteiten op de energiemarkt verricht / actief is als warmtebedrijf;
- die als hoofddoel heeft het bieden van milieuvoordelen of economische of sociale voordelen aan haar leden, vennoten of aandeelhouders of aan de plaatselijke gebieden waar ze werkzaam is;
- die niet is gericht op het maken van winst;
- waarvan de participatie in de energiegemeenschap open en vrijwillig is;
- waarvan de leden, vennoten, of aandeelhouders het recht hebben de energiegemeenschap te verlaten; en
- waarvan de *feitelijke zeggenschap* over de energiegemeenschap is gelegen bij leden, vennoten of aandeelhouders die natuurlijk personen, micro-ondernemingen, kleine

³³ Zie deze korte film over [De GemeenschapsKamer](#).

ondernemingen, gemeenten, waterschappen, provincies of gemeenschappelijke regelingen zijn.

- waarvan de leden vennoten of aandeelhouders uitsluitend natuurlijke personen, micro-ondernemingen, kleine ondernemingen, middelgrote ondernemingen of lokale openbare lichamen zijn;
- waarvan de feitelijke zeggenschap is gelegen bij de leden, vennoten of aandeelhouders van de rechtspersoon die in de nabije omgeving van de collectieve warmtevoorziening zijn gevestigd;
- die gebruik maakt van duurzame warmtebronnen als belangrijkste warmtebron.

Dat een gemeenschap voldoet aan deze voorwaarden moet volgen uit de statuten.

Interessant hierbij is overigens dat de Energiewet ruimte laat voor Energiegemeenschappen om dezelfde bepalingen op te nemen in hun statuten als de warmtegemeenschappen (zij het dat de laatste bepaling dan wordt):

- die gebruik maakt van duurzame bronnen als belangrijkste energiebron.

Daarmee wordt deze energiegemeenschap (voor Elektriciteit en Gas) dan ook een 'hernieuwbare energiegemeenschappen' conform de EU hernieuwbare energie richtlijn

We zijn nog mee bezig met de voorwaarden voor de 'commons', maar een invulling zou ook kunnen zijn dat er voor bepaald soort projecten bepaald soort voorwaarden gelden en je daar dus een bepaald soort commons voor wil hebben (b.v. een 'warmte-commons').

Dat een gemeenschap voldoet aan deze voorwaarden moet volgen uit de statuten. Hoops verwacht dat energiegemeenschappen zullen moeten aangeven of zij een hernieuwbare energiegemeenschap zijn of een burger-energiegemeenschap.³⁴ De werkgroep probeert dit samen te trekken, maar de vraag is of dat slaagt, omdat de hernieuwbare energiegemeenschap lokaal georganiseerd moet zijn en de burgerenergiegemeenschap niet.

6. Analyse

Als de gemeenschap zich feitelijk voordoet, zie paragraaf 3, en een normatief verschijnsel is, zie paragraaf 4 en 5, wat betekent dit dan voor het huidig geldende recht? Immers, als de gemeenschap daarmee op gespannen voet staat, dan moet dit recht veranderen en dat geeft een antwoord op de hoofdvraag van dit onderzoek. De voorgaande paragraaf maakt duidelijk dat die verandering met name het recht rond staatssteun en aanbesteding zal betreffen, omdat het daar schuurt. Hieronder volgen derhalve analyses van de houdbaarheid van huidig geldende regels ten aanzien van aanbesteding en staatssteun.

6.1 Aanbesteding

Een nieuwe realiteit is dat werk wordt verdeeld over gemeenschap, overheden en marktpartijen, tripartisering. Voor de overheid betekent dit dat zij kan kiezen voor de markt, de gemeenschap, of voor zichzelf. Voor de overheid daaraan toekomt, moet zij eerst het probleem oplossen dat de gemeenschap niet hetzelfde is als een marktpartij; een competitieve onderneming. Zolang dit niet is opgelost worstelen, overheden met aanbesteding en staatssteun.

³⁴ Hoops a.w. p. 150.

Rond aanbesteding tekenen zich twee sporen af. Het eerste is proberen om methoden van aanbesteding toe te passen op de gemeenschap, alsof het een soort onderneming is. Het tweede spoor is erkennen dat de gemeenschap een soort is van zichzelf, *sui generis*. Het is geen onderneming en aanbesteden is eenvoudig niet van toepassing, maar wanneer en hoe komt vast te staan dat een gemeenschap geen competitieve onderneming is?

Als een onderneming werk overneemt van de overheid, dan zal de overheid ervoor zorgen dat de onderneming dit doet in het algemeen belang waarvoor de overheid staat.³⁵ Dat zal de overheid ook doen wanneer een gemeenschap werk overneemt, maar deze gemeenschap stelt zich op als burger en verschilt daarin van ondernemingen. Neemt een gemeenschap werk over, dan is de verwachting aan beide kanten dat de leden van de gemeenschap zich opstellen als burger. Juridisch volgt dit uit het feit dat aan het uitdaagrecht het petitierecht ten grondslag ligt, een burgerrecht.³⁶

Een gemeenschap kan ook werk overnemen dat door marktpartijen wordt verricht, bijvoorbeeld wanneer een energiecoöperatie zelf energie gaat produceren, of diensten verleent om het gebruik van energie flexibeler te maken. De IEMD en RED II geven aan energiegemeenschappen het recht om dit te doen.³⁷ Zou de EU-wetgever in deze beide richtlijnen de gemeenschap beschouwen als een onderneming, dan zou deze wetgever niet zoveel moeite hebben gedaan om een onderscheid te maken tussen de energiegemeenschap en een onderneming. Zeker op vier punten wordt een duidelijk onderscheid gemaakt:

1. Burger

Net zoals leden van een gemeenschap in de Wet Decentralisatie Participatie worden beschouwd als burgers, worden zij in de twee EU-Richtlijnen beschouwd als burgers. De IEMD spreekt zelfs letterlijk van 'energiegemeenschappen van burgers'. Burgers proberen een maatschappelijke voorziening overeind te houden, in dit geval energie, en zoeken daarvoor een andere weg dan de markt, of de overheid. Cruciaal is dat de leden van een gemeenschap zich opstellen als burgers en niet als particulieren die werken aan eigenbelang, zoals in een onderneming.

2. Omgeving

De activiteiten van de energiegemeenschap staan dicht bij die van ondernemingen, maar een voornaam onderscheid is de omgeving. Een onderneming kan overal actief zijn, dat is bij uitstek waarvoor de EU staat. Een energiegemeenschap is voornamelijk actief in de nabije omgeving. In overweging 70 van de RED II, en overwegingen 43 en 44 in de IEMD, staat dat lokale betrokkenheid wenselijk is.³⁸ Verder eist art 2, No 16a van de RED II dat een "hernieuwbare-energiegemeenschap (...) wordt gecontroleerd door aandeelhouders of leden die zijn gevestigd in de nabijheid van de hernieuwbare-energieprojecten die in eigendom zijn van en ontwikkeld zijn door die" (gemeenschap). Deze eis volgt uit het nabijheidsbeginsel en staat niet in het IEMD.

3. Doel

In de IEMD en RED II heeft een gemeenschap als activiteiten productie, zelfverbruik, of verkoop van energie uit hernieuwbare bronnen. Het doel is om voordelen op ecologisch, economisch of sociaal gebied te verschaffen voor de omgeving waar de gemeenschap actief is.³⁹ Beide richtlijnen eisen

³⁵ Net als in de regels van de Belastingdienst t.a.v. de ANBI-status zijn algemeen nut en algemeen belang hier synoniem.

³⁶ MvT Wet Decentralisatie en Participatie, p. 17 en 27.

³⁷ In de overwegingen 43, 44 en 46 van de IEMD staan zinsneden die beschrijven dat de energiegemeenschap zich begeeft op hetzelfde terrein als ondernemingen die energie produceren of energiediensten leveren.

³⁸ Hoops, a.w. p. 156 en 164-165.

³⁹ Energiegemeenschappen mogen hiermee financiële winst maken, maar dit mag niet het primaire doel zijn, zie overweging 43 IEMD en zie Hoops, a.w., p. 165.

open deelname aan het bieden van milieu-, economische of sociale gemeenschapsvoordelen aan haar leden of aan de lokale gebieden waar ze actief zijn. Juist de open deelname maakt dat deze voordelen niet exclusief mogen zijn. Niet exclusieve gemeenschapsvoordelen is synoniem aan het algemeen belang, zeker wanneer de leden van de gemeenschap burgers zijn en geen particulieren. De conclusie op basis van het recht is derhalve dat gemeenschappen moeten werken aan het algemeen belang.

4. Niet-exclusief

De zwakte van elke gemeenschap is dat deze exclusief wordt, waarbij de leden enkel voor elkaar zorgen en niet ook voor de samenleving. Zo kunnen zij beperkingen aanbrengen in de toelating van leden, de zeggenschap en de verdeling van voordelen. Hoewel deze laatste twee door de IEMD en RED II slechts zeer beperkt behandeld worden, is consistent in alle nieuwe regelgeving ten aanzien van gemeenschappen van de afgelopen jaren dat de wetgever eist dat zij binnen de eigen omgeving niemand uitsluiten. Toetreding is open en vrijwillig, dus iemand uit de omgeving mag niet uitgesloten worden, behalve op grond van objectieve criteria, bijvoorbeeld een energiebedrijf.⁴⁰

Deze vier verschillen kunnen de conclusie dragen dat de energiegemeenschap op basis van het recht anders is dan een competitieve onderneming. Wanneer de IEMD en RED II regels stellen om deze gemeenschap gelijke kansen te geven, dan is dat vanwege het verschil.⁴¹ Juist omdat de gemeenschap zo'n ander verschijnsel is, zijn regels nodig om de energiegemeenschap te kunnen laten concurreren met bedrijven. Een gemeenschap gaat die competitie niet aan om maximale winst te halen, zoals een onderneming, maar om bepaalde energieproducten en -diensten uit de markt te halen en hieruit voordelen te trekken, bijvoorbeeld goedkopere energie.⁴²

De artikelen 15 en 16 van de IEMD maken duidelijk dat de behandeling van energiegemeenschappen, en in artikel 15 actieve afnemers, niet-discriminerend en evenredig moet zijn. Daarin kan gelezen worden dat zij anders dan ondernemingen behandeld moeten worden afhankelijk van hun ongelijkheid. Deze visie op ongelijke behandeling naar de mate van ongelijkheid staat nog scherper in de RED II, overwegingen 26, 67, 70, 71. Cruciaal is tenslotte artikel 22 van deze laatste richtlijn. Dit artikel geeft op enkele punten duidelijk aan dat de energiegemeenschap ongelijk behandeld moet worden naar de mate van de ongelijkheid met anderen, lees ondernemingen.

De energiegemeenschap is geen competitieve onderneming; op basis van de vier verschillen is het onderscheid eenvoudig te groot om te concluderen dat het wel zo'n onderneming is. Het is daarom onjuist deze gemeenschap te behandelen alsof het een soort onderneming is en toch te laten deelnemen aan een aanbesteding. De ongelijke behandeling, waarop zij volgens de IEMD en RED II recht hebben, betekent geen aanpassing van aanbestedingsvoorwaarden, maar een geheel andere wijze van selectie. Deze bestaat eruit om als overheid eerst bepalen wie het beste het onroerend goed in handen kan krijgen, of het werk kan doen, de overheid zelf, een competitieve onderneming, of de lokale gemeenschap, als die er is en toe in staat is. Is dit laatste het geval, dan krijgt deze gemeenschap het recht op het onroerend goed of op het werk.

Artikel 5 van de Schotse *Community Empowerment Act* introduceert een recht voor gemeenschappen om verzoeken in te dienen bij alle lokale autoriteiten, Schotse ministers en een reeks openbare lichamen voor elk stuk land of elke gebouw waarvan zij denken dat ze het beter kunnen gebruiken. Ze kunnen eigendom, lease of andere rechten aanvragen. De autoriteiten moeten verzoeken beoordelen aan de hand van een lijst met criteria, uiteengezet in de wet, en het verzoek goedkeuren, tenzij er

⁴⁰ Dit is een criterium in de RED II, art 2, No 16(b) en art 22(1), niet in de IEMD.

⁴¹ Zie IEMD overwegingen 43, 44 en 46.

⁴² RED II overweging 67.

redelijke gronden zijn voor weigering. Wordt een verzoek afgewezen, dan heeft de gemeenschap het recht op bezwaar en beroep.

6.2 Staatssteun

Artikel 22 van de RED II geeft aan dat lidstaten in actie moeten komen om actief barrières te verwijderen en een faciliterend kader te scheppen om energiegemeenschappen gelijke kansen te geven. Lid 7 geeft aan dat dit ook staatssteun betreft, maar ook dat de artikelen 107 en 108 van het VWEU onverminderd blijven gelden. Artikel 107 legt het verbod van ongeoorloofde staatssteun op. Dat blijft onverminderd gelden dus de vraag is welke ruimte dit verbod geeft aan overheden om staatssteun te geven aan energiegemeenschappen. De vraag is ook welke ruimte er is om andere gemeenschappen staatssteun te geven.

Bij het bepalen of staatssteun aan gemeenschappen geoorloofd is, volgen de meeste gemeenten de dominante leer: sturing van de samenleving komt van markt en overheid. Daarin past het idee dat een gemeenschap een competitieve onderneming is en dus niet zomaar staatssteun mag ontvangen. Aangenomen dat een gemeenschap een competitieve onderneming is, zoeken veel overheden de route van de DAEB, Dienst van Algemeen Economisch Belang. Decentrale overheden mogen op basis van Europese regelgeving economische activiteiten in het algemeen belang beleggen bij een onderneming, als de markt de diensten onvoldoende oppakt of deze niet tegen maatschappelijk aanvaardbare voorwaarden verricht. De overheid mag de onderneming daarna compenseren voor het uitvoeren van de dienst en dat is geen ongeoorloofde staatssteun.

Toch lijkt de DAEB-route te knellen. Zo is het lastig om binnen één gemeente het werk van twee energiecoöperaties beide aan te merken als DAEB. Dit terwijl een grotere gemeente al snel twee of meer coöperaties heeft. De waarneming is dat de gemeenschap moeilijk is in te passen in de dominante leer. Dit terwijl het huidig geldende staatssteunrecht een uitweg biedt, geen sluiproute, waarin op basis van dit recht wordt vastgesteld dat een gemeenschap geen competitieve onderneming is. Een gemeenschap werkt in principe lokaal, dat hierboven is in paragraaf 6.1. al vastgesteld, en een lokaal initiatief verstoort volgens de staatssteunregels de markt niet.⁴³ In dat geval mag een overheid een opdracht of subsidie aan een maatschappelijk initiatief geven zonder dat dit ongeoorloofde staatssteun is. Dan is een omweg als DAEB niet nodig.

In plaats van uitzoeken of een DAEB past, is belangrijk om een antwoord vinden op de vraag of er eigenlijk wel sprake is van staatssteun. De Europese Commissie heeft in 2015 en 2016 een twaalfstal staatssteunbesluiten genomen, waar de steunmaatregel een lokaal karakter had. Hoewel in die zaken bij toepassing van de lijn van het Hof een effect op grensoverschrijdend handelsverkeer zou bestaan, heeft de Commissie vastgesteld dat daarvan geen sprake was. Uit die besluiten komen drie cumulatieve en samenhangende criteria naar voren⁴⁴, op basis waarvan de Commissie oordeelt of steunverlening leidt tot beïnvloeding van dit handelsverkeer:

- i. de begunstigde onderneming levert goederen of diensten in een beperkt gebied binnen een lidstaat;
- ii. het is onwaarschijnlijk dat klanten uit andere lidstaten erdoor worden aangetrokken; en
- iii. het is aannemelijk dat het voordeel een niet meer dan marginaal effect zal hebben op de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen, ofwel de begunstigde gebruikt het voordeel niet in een andere lidstaat, of - vice versa – het voordeel weerhoudt een onderneming uit een andere lidstaat niet om in lokale NL gemeente/regio) vergelijkbare diensten aan te bieden.

⁴³ Er moet sprake zijn van potentiële invloed op grensoverschrijdend handelsverkeer. Als dat niet aanwezig is bij gemeenschappen, dan verstoren zij de markt niet.

⁴⁴ Bron invoegen

Activiteiten van een lokaal maatschappelijk initiatief, bijvoorbeeld rond energiebesparing en verduurzaming van de gebouwde omgeving, zijn geografisch beperkt tot de gemeente, of regio, en zijn voorbehouden aan haar inwoners. Daarmee betreffen de activiteiten van dit initiatief geen grensoverschrijdend handelsverkeer. Afgemeten aan de bovenstaande drie criteria is geen sprake van een competitieve onderneming die niet zomaar staatssteun mag ontvangen. Het staatssteunrecht zelf geeft grond om de gemeenschap te onderscheiden van zo'n onderneming. Derhalve mag de gemeenschap probleemloos staatssteun ontvangen.

Als de gemeenschap probleemloos staatssteun mag ontvangen, dan is er ook geen reden om te kijken of het werk van een gemeenschap valt onder de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, of een andere vrijstellingsverordening, die ruimte creëert om staatssteun te geven. Zo'n andere verordening zijn de Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022, al genoemd in paragraaf 3. Ook de financiële drempels gelden niet, want de gemeenschap is geen competitieve onderneming, dus de AGVV is niet van toepassing.

6.3 Generiek

Hierboven is de conclusie dat van een verbod op ongeoorloofde staatssteun geen sprake is, omdat een gemeenschap geen competitieve onderneming is. Vergelijkbaar is hier de conclusie dat een gemeenschap niet hoeft deel te nemen aan een aanbesteding, omdat het geen competitieve onderneming is. Aan een gemeenschap kan rechtstreeks staatssteun worden gegeven, en aan een gemeenschap kan rechtstreeks onroerend goed en werk worden gegeven.

De Wet Decentralisatie Participatie heeft het uitdaagrecht generiek gemaakt door het te interpreteren als petitieright. In dat opzicht strekt het zich ook uit tot en met de Rijksoverheid, hoewel deze wet daarop niet van toepassing is. In elk geval is de toepassing uitgebreid van de WMO, en een paar andere wetten, tot en met alle wetten die uitgevoerd worden door decentrale overheden. Wel mogen deze overheden daarin beperkingen aanbrengen, maar het petitieright geeft de burger steeds weer het recht om ook daarop in te breken. Immers, de Grondwet gaat voor op de beperkingen die gemeenten menen te moeten aanbrengen. Doen zij dat op goede gronden, dan zal het verzoek van de burger niet slagen, maar deze heeft altijd het recht om dit verzoek te doen.

Zo'n tien jaar lang was het sociale domein het enige maatschappelijke terrein waarop een serieuze uitdaging mogelijk was; de WMO creëerde deze opening. Vergelijkbaar hebben de IEMD en RED II de energievoorziening gemaakt tot het maatschappelijke terrein waarop gemeenschappen privileges hebben en kansen op gelijke behandeling. Het pleidooi in dit rapport is in de eerste plaats om op dit terrein de privileges en gelijke kansen van de energiegemeenschap te vergroten, en in de tweede plaats om andere gemeenschappen dezelfde privileges en gelijke kansen te geven. Eigenlijk is de term privilege niet adequaat, want het gaat erom de gemeenschap de rechten toe te kennen die deze toekomt als zelfstandige entiteit naast overheid en markt.

Kort samengevat hebben energiegemeenschappen enkele rechten op gelijke kansen binnen het recht rond aanbesteding en staatssteun. Het uitdaagrecht roept de vraag op of dit niet meer generiek te maken is, opdat de gemeenschap zijn potentieel voor de samenleving meer kan ontplooiën. Dit betekent erkenning van het feit dat de gemeenschap principieel anders is dan een competitieve onderneming, zodat het recht rond aanbesteding en staatssteun eenvoudig niet van toepassing is. Het uitdaagrecht roept bovendien de vraag op of dit niet alleen van toepassing te verklaren op de energiegemeenschap, maar op alle gemeenschappen. Zo heeft de wooncoöperatie voorzichtig al zijn intrede in het recht gedaan, om te beginnen in de Woningwet in 2015.

Voor wooncoöperaties geldt ook dat ze praktisch uitsluitend te realiseren zijn als ze bij de verkrijging van grond of vastgoed niet op hoeven te bieden tegen commerciële ontwikkelaars. Zullen dit soort coöperaties wel of niet als burgergemeenschappen mogen worden beschouwd? Een argument daarvoor is de uitzondering voor coöperatie vennootschappen die op Europees niveau gehanteerd wordt met betrekking tot het begrip staatssteun.⁴⁵ Met deze uitzondering wordt het gelijke speelveld gelijk getrokken, net als bij de energiegemeenschap. Een ander argument is dat de gemeente Amsterdam de wooncoöperatie samen met de energiecoöperatie beschouwt als gemeenschap; voor beide wordt een register opgesteld door de Gemeenschapskamer.⁴⁶

Zeker veel zorgcoöperaties hebben een organisatiegraad vergelijkbaar met goed functionerende energiecoöperaties. Ook binnen de sector zorg- en welzijn vindt tripartisering plaats en zijn de zorgcoöperaties een onmisbaar onderdeel geworden van de voorziening van zorg en welzijn. Als er één groep coöperaties is die in aanmerking komen om ook beschouwd te worden als gemeenschappen, dan zijn het deze zorgcoöperaties die werken aan zorg en welzijn. Deze zorggemeenschappen dezelfde generieke rechten en gelijke kansen geven zal goed uitpakken voor de samenleving.⁴⁷

Wat goed is voor de samenleving is onderwerp van politieke, mogelijk ook economische afweging. Juridisch zijn er normen om eerlijke competitie te waarborgen, consumenten te beschermen en marktfalen te helpen voorkomen. Veel van die normen staan in het mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht, maar daar staan nog normen boven die ervoor moeten zorgen dat markten efficiënt en rechtvaardig functioneren, wat uiteindelijk bijdraagt aan economische groei en consumentenwelzijn. Afgemeten aan deze laatste normen zou het wel eens noodzakelijk kunnen zijn om gemeenschappen te erkennen als gelijkwaardige partners naast overheden en marktpartijen, en om deze gemeenschappen generieke rechten en gelijke kansen toe te kennen.

7. Conclusie en discussie

7.1 Conclusie

Beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoek, wat verstandig is voor de Europese Commissie en voor de Minister van KGG om op te nemen in nieuwe regels, gaat met behulp van zes deelvragen. Door deze af te lopen komt het antwoord op de hoofdvraag tot stand. Tot slot volgen nog enkele punten voor verdere discussie.

1. Wat zijn juiste en bruikbare voorwaarden om ingeschreven te worden in het Amsterdamse commonsregister en wat kunnen de Europese Commissie en de Minister van KGG daarvan leren?

Deze voorwaarden staan genoemd in het slot van paragraaf 5. Terecht worden in het recht normen gesteld aan de gemeenschap, zoals nu in de IEMD en RED II, en als gevolg daarvan in de WCW en de Energiewet. Worden die normen generiek, want gesteld aan alle gemeenschappen, dan zouden zij

⁴⁵ Zie mededeling (2016/C 262/01) §5.4.1:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)#d1e3996-1-1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0719(05)#d1e3996-1-1)

⁴⁶ De kaartenbak voor wooncoöperaties wordt gebruikt om concurrentie te entameren. Dat is hier nog wel een problematisch verschil, omdat dit bij energiecoöperaties niet de bedoeling is.

⁴⁷ Elke Slagt-Tichelman, *Wijkgerichte ouderenzorg door zorgzame buurten*, Initiatiefnota GL/PvdA 2024, aangenomen door de Tweede Kamer.

een plek moeten krijgen in een generieke wet; denk aan het burgerlijk wetboek, mogelijk boek 2 dat het rechtspersonenrecht regelt.⁴⁸

2. Wil de Europese Commissie bij de vernieuwing van de Aanbestedingsrichtlijnen de gemeenschap introduceren als een volwaardig alternatief naast markt en overheid?

Paragraaf 6.1 laat zien dat de energiegemeenschap geen competitieve onderneming is. Het is daarom onjuist deze gemeenschap te behandelen alsof het een soort onderneming is en toch te laten deelnemen aan een aanbesteding.

3. Mogen overheden dan direct gunnen aan gemeenschappen, waarbij de markt er niet aan te pas komt?

Als de Europese Commissie de redenering in paragraaf 6.1 volgt, dan mag er direct gegund worden.

4. Hoe ver wil de Minister van KGG gaan, in het licht van deze vragen 2 en 3 aan de Europese Commissie?

Als de minister het eens is met de beantwoording van de vragen 2 en 3, dan gaat zij ook over tot erkenning van de gemeenschap als volwaardige partij, naast overheid en marktpartijen, en ziet zij in haar visie ruimte om direct te kunnen gunnen, zonder dat de markt eraan te pas komt. Niet onbelangrijk om hier op te merken is dat de minister in dit geval zal afwijken van minister De Jonge uit het vorig kabinet; deze heeft in antwoorden op diverse Kamervragen de Didam-route gevolgd, namelijk dat een gemeenschap na competitie geselecteerd moet worden.⁴⁹

5. Kunnen gemeenschappen in de visie van de minister van KGG direct staatssteun krijgen, zonder te hoeven aantonen dat zij geen competitieve onderneming zijn?

Paragraaf 6.2 laat zien dat het staatssteunrecht zelf grond geeft om de dominante leer te verlaten en uit te gaan van sturing van de samenleving door overheid, markt en gemeenschap die naast elkaar staan. Dit wil zeggen dat de gemeenschap geen competitieve onderneming is, zoals in de dominante leer wordt aangenomen. Het staatssteunrecht maakt namelijk duidelijk dat een lokaal initiatief de markt niet verstoort en om die reden niet als competitieve onderneming beschouwd kan worden. Een gemeenschap heeft een lokaal karakter en past dus binnen deze interpretatie van het staatssteunrecht. Volgt de minister deze redenering dan kan zij in haar visie ruimte geven aan gemeenschappen om staatssteun te kunnen krijgen zonder te hoeven aantonen dat zij geen competitieve onderneming zijn. Dan mag de gemeenschap probleemloos staatssteun ontvangen.

6. Is de Europese Commissie bereid om bij de vernieuwing van de Aanbestedingsrichtlijnen verder te kijken dan de energiegemeenschap?

De Europese Unie staat voor het efficiënt en rechtvaardig functioneren van markten. Juist dat zou het wel eens noodzakelijk kunnen maken om meer dan alleen energiegemeenschappen te erkennen als gelijkwaardige partners naast overheden en marktpartijen. Er zijn al openingen in het Europese recht om bij de gemeenschap verder te kijken dan naar alleen de energiegemeenschap. De wooncoöperatie is daarbij in beeld, in Nederland zou de zorgcoöperatie zeer in aanmerking komen. In

⁴⁸ Het bestuursrecht kan zich hierbij aansluiten door de gemeenschap te erkennen als een belanghebbende in de zin van art. Awb.1:2, in het bijzonder een nieuwe interpretatie van lid 3.

⁴⁹ Beantwoording vragen van het lid Inge van Dijk (CDA) over het Didam-arrest Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, ingezonden 10 januari 2024, met kenmerk 2024Z00129.

plaats van deze langzaam stuk voor stuk rechten te geven, lijkt beter om meteen de generieke weg te volgen.

7.2 Discussie

Aanbesteding

Driessen geeft aan hoe is gepoogd om de gemeenschap, in haar woorden burgerinitiatief, in te passen binnen het stramien van markt en overheid. Zo zijn er zeer verdienstelijke overzichten opgesteld hoe burgerinitiatieven kansen kunnen krijgen bij een aanbesteding en hoe zij geoorloofd staatssteun kunnen krijgen.⁵⁰ Onze conclusie is dat deze overzichten zonder meer nuttig zijn wanneer een initiatief, zoals een energiecoöperatie, besluit om zich te gedragen als een competitieve onderneming. Zij hebben dan recht op een ongelijke behandeling naar de mate van hun ongelijkheid, zo zit immers het gelijkheidsbeginsel in elkaar.

Overzichten hoe burgerinitiatieven kansen kunnen krijgen bij een aanbesteding, en hoe zij geoorloofd staatssteun kunnen krijgen, zijn op dit moment ook nog zeer nuttig wanneer deze initiatieven zich gedragen als gemeenschappen. Kijkend naar het Nederlandse recht bijvoorbeeld is de kans groot dat zij behandeld zullen worden als marktpartijen. Weliswaar heeft het Didam-II-arrest nogmaals benadrukt dat de overheid direct mag gunnen aan maatschappelijke initiatieven, maar dit arrest past nog in de filosofie dat markt en overheid de samenleving sturen. De Hoge Raad noch geen enkele Nederlandse rechter gaat zover als het gemeentebestuur van Amsterdam doet.

Tussen de zomer van 2023 en het einde van 2024 heeft de gemeente Amsterdam de knop omgezet. De vraag is of zij nu nogmaals de regels van het Didam-arrest zou volgen bij de selectie van een pachter die een stuk landbouwgrond en diverse gebouwen kan inzetten voor meer leefbaarheid in de omliggende wijk. In dezelfde periode zocht deze gemeente een partij die bewoners kan helpen met verduurzaming van hun woning. Die selectie werd verloren door de Fixbrigade, een partij die daarvoor geknipt is, maar strandde op de aanbestedingsvoorwaarden. De Fixbrigade past binnen een bijzondere categorie partijen die zelf geen gemeenschap zijn, maar daar heel dichtbij staan.

Het verschil tussen de partij, die eind 2023 wél won in Amsterdam, is dat deze partij uitstekend helpt om woningen te verduurzamen, maar in tegenstelling tot de Fixbrigade geen gemeenschap bouwt. Als de Fixbrigade vertrekt, blijft er meer achter dan verbeterde woningen, maar ook verbinding tussen bewoners die verder kunnen bouwen aan hun wijk. Mogelijk komt dit omdat de Fixbrigade zelf is ontstaan binnen een lokale gemeenschap. Dit helpt deze brigade echter niet om buiten de eigen gemeenschap te stellen dat het een gemeenschap is en deze daarom niet aan een aanbesteding zou hoeven deelnemen. Wie het gedrag van de Fixbrigade waarneemt, ziet een sociale onderneming met een bijzondere kwaliteit, namelijk het bouwen aan gemeenschap. Gemeenten doen er goed aan om daarop te letten bij het opstellen van hun aanbestedingsvoorwaarden. De EU zou daarvoor voorzieningen kunnen opnemen in de vernieuwing van de aanbestedingsrichtlijnen.

Staatsteun

Het staatssteunrecht zelf geeft grond om de dominante leer te verlaten en uit te gaan van sturing van de samenleving door overheid, markt en gemeenschap die naast elkaar staan. Dit kan door op basis van dit recht vast te stellen dat de gemeenschap het grensoverschrijdend handelsverkeer niet

⁵⁰ Zie onder meer Willem A. Janssen, Chaimaa Ben-Lahcen (2020), *Handreiking 'Burgerinitiatieven & het aanbestedingsrecht'*, Programma Democratie in Actie, Stanislas d'Herbement, Joshua Roberts (2023), *Procurement Guide for Community Energy*, REScoop.eu, Gerard Buunk, Suzan Ayaydin, Gijsbert van de Waardt *Handreiking inschakelen Energieklusdiensten, Aanpak energiearmoede*, Nationaal Programma Lokale Warmtetransitie 2024.

verstoort, omdat de gemeenschap enkel lokaal opereert. Deze is daarom geen competitieve onderneming die niet zomaar staatssteun mag ontvangen. Er is een andere, nog meer directe weg om tot dezelfde conclusie te komen, namelijk dat de gemeenschap hoe dan ook niet competitief is. Sterker nog, de gemeenschap stimuleert de markt en dat is het tegengestelde van marktverstoring.

Er is sprake van vervalsing van de mededinging als een gemeenschap door een steunmaatregel een betere competitiepositie krijgt ten opzichte van andere, concurrerende ondernemingen. Dit is feitelijk niet het geval, want in plaats van te concurreren creëert een gemeenschap een betere markt voor marktpartijen. Zo organiseert een energiegemeenschap competitie in de vorm van aanbestedingen van kleinere en grotere opdrachten voor zowel de ontwikkeling, als de exploitatie van bijvoorbeeld een warmtenet. Daarenboven verrijkt deze gemeenschap de aan te besteden opdrachten met klanten, geld en kennis:

a) *Klanten*: de energiegemeenschap bouwt een bestand op van bewoners die klant willen worden van het warmtenet. Inbreng van een klantenbestand, ook bekend als het volloopscenario, scheelt veel geld aan marktpartijen die de aanleg en exploitatie gaan doen. Zij moeten daarvoor anders kosten maken voor extra rente door meer risico. Hoe lager de volloop aan klanten, hoe hoger financiers het risico inschatten, dus hoe hoger de rente.

b) *Geld*: onder de toekomstige klanten verzamelt de energiegemeenschap eigen vermogen dat zij willen investeren in het warmtenet. Dit eigen vermogen is voor marktpartijen een essentieel bestanddeel om een warmtenet te kunnen aanleggen en exploiteren. Verder vergt het interesseren van gebruikers voor deelname aan een warmtenet marketing. Nemen de gebruikers zelf dit op zich, dan is dat veel effectiever en scheelt veel kosten aan marktpartijen.

c) *Kennis*: indien goed georganiseerd door de energiegemeenschap, brengen de toekomstige gebruikers ook nog heel veel kennis in. Deze gemeenschap mobiliseert onder bewoners kennis over technische, economische, financiële en andere aspecten van het aan te leggen warmtenet.

Een energiegemeenschap gaat niet zelf een warmtenet aanleggen, maar selecteert daarvoor de beste partij. Bij de exploitatie is dit niet anders; de gemeenschap selecteert een marktpartij die gaat zorgen voor productie en leverantie. Dit is een vaste lijn in het feitelijk gedrag van energiegemeenschappen in Nederland. Het maakt voor een marktpartij een groot verschil om te weten of er een energiegemeenschap is, of niet. Deze gemeenschap vergroot de kansen en vermindert de risico's en kosten van deze marktpartij aanzienlijk. Het is daarom voor marktpartijen prettig om de energiegemeenschap zoveel mogelijk haar werk te laten doen vooraf aan de aanbesteding, omdat dan veel meer zekerheden op tafel liggen. Nu de aanbesteding geschiedt met tussenkomst van de energiegemeenschap zijn de opdrachten verrijkt. De gemeenschap maakt de markt beter, er is niet voldaan aan het criterium van vervalsing van mededinging.

Verdrag van Maastricht

Artikel 10, lid 3, van het Verdrag van Maastricht stelt dat iedere burger het recht heeft aan het democratisch bestel van de Unie deel te nemen. De besluitvorming vindt plaats op een zo open mogelijke wijze, en zo dicht bij de burgers als mogelijk is. Deze laatste volzin verwijst naar het subsidiariteitsbeginsel. Dit bestaat uit verticale en horizontale subsidiariteit. Verticaal betreft dit het niveau van overheid dat bevoegd is. Volgens het verticale subsidiariteitsbeginsel moet dat niveau van overheid bevoegd zijn dat het meest geschikt is om een taak uit te oefenen. Horizontaal wil zeggen dat ook anderen dan de overheid een publieke taak kunnen uitoefenen wanneer zij daarvoor het meest geschikt zijn. Anderen kunnen bedrijven zijn, non-profit organisaties en gemeenschappen.

Het horizontale subsidiariteitsbeginsel heeft een plek in het Italiaanse recht. Een overheid kan ervoor kiezen een taak over te laten aan een gemeenschap, en een gemeenschap kan dat opeisen. Dit volgt uit de Grondwet, artikel 118.4, en is onder andere overgenomen door meer dan 300 Italiaanse gemeenten en tientallen regio's en provincies. Artikel 5 van het Verdrag van Maastricht kiest voor verticale subsidiariteit, maar deze keuze stond meteen al ter discussie en niet alleen in Italië.⁵¹ Zeker nu de EU zelf de energiegemeenschap heeft geïntroduceerd als actor roept de EU deze discussie op.

Het horizontale subsidiariteitsbeginsel heeft geen plek in het Nederlandse recht, maar dat heeft artikel 10, lid 3, van het Verdrag van Maastricht wel. Kan eenzelfde interpretatie van dit artikel rechtsgeldig zijn in Nederland? Kan op basis daarvan een generiek recht aan gemeenschappen worden toegekend een publieke taak uit te oefenen? Het Nederlandse recht kent wel het geschiktheidsbeginsel, dat toeziet op de keuze voor het juiste middel, bijvoorbeeld de overheid, markt of gemeenschap. Kan op basis daarvan een gemeenschap het recht toegekend worden een publieke taak uit te oefenen?

⁵¹ Salati a.w.