

Per e-mail
Ministerie van Economische Zaken
Postbus 20401
2500 EK 'S-GRAVENHAGE

mr. D.C. Orobio de Castro
mr. I. de Groot
advocaten

Advocaten en notarissen
Strawinskylaan 2001
Postbus 75640
1070 AP Amsterdam
Nederland
T +31 20 546 01 65
F +31 20 546 08 10
david.orobiodecastro@stibbe.com
ingmar.degroot@stibbe.com
www.stibbe.com

Datum
29 april 2015

Internetconsultatie Regeling windenergie op zee

Geachte heer, mevrouw,

De minister van Economische Zaken biedt door middel van een internetconsultatie de gelegenheid een reactie te geven op de conceptversies van de 'Regeling windenergie op zee 2015' (de "**Regeling**") en de 'Uitvoeringsregeling Wet windenergie op zee 2015' (de "**Uitvoeringsregeling**").

INLEIDING

- (1) Met belangstelling hebben wij kennis genomen van de Regeling en de Uitvoeringsregeling en maken graag gebruik van de gelegenheid een reactie in te dienen.
- (2) Stibbe is een internationaal advocaten- en notarissenkantoor met kantoren in Amsterdam, Brussel en Luxemburg en vestigingen in Dubai, Hong Kong, Londen en New York. Stibbe heeft als één van de weinige advocatenkantoren in de Benelux een team van advocaten, dat is gespecialiseerd in de energiesector. Het team is betrokken bij diverse grote energieprojecten op verschillende gebieden, waaronder vrijwel alle offshore windenergie projecten die tot nu toe in Nederland zijn ontwikkeld. Stibbe heeft ook uitgebreide ervaring en specialistische kennis op het gebied van projectfinanciering, met name bij infrastructuur en energieprojecten.

- (3) De Regeling en de Uitvoeringsregeling vloeien voort uit het wetsvoorstel 'Regels omtrent windenergie op zee' (Wet windenergie op zee). Het wetsvoorstel is op 26 maart 2015 door de Tweede Kamer aangenomen en is thans in behandeling in de Eerste kamer. Met dit wetsvoorstel heeft de wetgever in zeer korte tijd een nieuwe wettelijke regeling gemaakt voor de aanwijzing van locaties voor windparken op zee en de uitgifte van vergunningen voor de bouw en exploitatie van windparken. Daarmee is een belangrijke en indrukwekkende stap gezet in de richting van het doel van de regering, namelijk het bevorderen van de opwekking van windenergie op zee, mede ter uitvoering van het Energieakkoord voor Duurzame Groei.
- (4) De Regeling is gebaseerd op het Besluit stimulering duurzame energieproductie en bevat nadere voorwaarden voor de subsidieverlening voor kavel I en II van windgebied Borssele. De Uitvoeringsregeling vloeit voort uit de Wet windenergie op zee en geeft met name invulling aan enkele eisen voor de verlening van een vergunning voor een windpark op zee.
- (5) De aandachtspunten uit deze reactie hebben betrekking op de volgende onderwerpen uit de Regeling en de Uitvoeringsregeling:
 - (i) financiële onderbouwing van de subsidieaanvraag;
 - (ii) rangschikking van de subsidieaanvragen;
 - (iii) de Uitvoeringsovereenkomst;
 - (iv) verdeling van risico's.

De aandachtspunten uit onze reactie zijn hieronder samengevat en vet weergegeven.

AD (I) - FINANCIËLE ONDERBOUWING VAN DE SUBSIDIEAANVRAAG

- (6) Het is verboden zonder vergunning een windpark op zee te bouwen en te exploiteren (de "**Windvergunning**") (artikel 12 Wet windenergie op zee). Als meerdere aanvragen voor een vergunning voldoen aan de gestelde eisen, zal de vergunning worden verleend aan de aanvrager aan wie ook de subsidie is verleend (artikel 21 Wet windenergie op zee). Anders gezegd: wie de subsidie verkrijgt heeft voorrang bij het verkrijgen van de Windvergunning.
- (7) De aanvrager van de subsidie moet zijn aanvraag vergezeld doen gaan van onder meer een financiële onderbouwing zoals vermeldt in artikel 56 lid 2 onder (e) Besluit stimulering duurzame energieproductie ("**Besluit SDE**"). Volgens de Regeling dient de financiële onderbouwing inzicht te bieden in het eigen vermogen van de aanvrager. Dit inzicht moet worden verschaft door overlegging van de meest recente versie van het jaarverslag van de aanvrager.

Eigen vermogen van de aanvrager

- (8) Uit de Regeling volgt dat de aanvrager tenminste moet beschikken over een eigen vermogen van 5% van de totale investeringskosten van het windpark. Dit volgt met zoveel woorden uit artikel 5 van de Regeling waarin is bepaald dat de minister de subsidieaanvraag afwijst als het eigen vermogen van de aanvrager kleiner is dan 5% van de totale investeringskosten.
- (9) De achtergrond van deze bepaling, zo volgt uit de toelichting bij de Regeling, is dat de minister wil voorkomen dat subsidie wordt verleend aan financieel niet-solide partijen. De '5%-eigen-vermogen'-eis heeft – naar wij aannemen – zijn oorsprong in de wijze van financiering van het project. Windparken op zee zullen, naar verwachting, door middel van projectfinanciering worden gefinancierd. De banken zullen daarbij, afhankelijk van de omstandigheden, de inbreng van een bepaald percentage eigen vermogen door de initiatiefnemers (aandeelhouders in de projectvennootschap) vragen.
- (10) Wij vragen ons af of de '5%-eigen-vermogen'-eis de juiste indicator is voor de financiële soliditeit van de aanvrager. Deze eis zegt in ieder geval weinig over de vraag of de aanvrager over voldoende liquide middelen beschikt om de vereiste hoeveelheid eigen vermogen vrij te maken ten behoeve van het project, hetzij door storting op aandelen hetzij door een achtergestelde lening.
- (11) Bij DBFM (Design, Build, Finance, Maintain) projecten, die ook op basis van projectfinanciering worden gefinancierd, stelt de aanbesteder veelal eisen omtrent de financieel-economische draagkracht van de inschrijvers. Inschrijvers dienen een verklaring van een financiële instelling te overleggen, waarin deze bevestigt dat de aandeelhouders bereid en in staat zijn een minimaal bedrag aan eigen vermogen te investeren. De tekst van de verklaring wordt door de aanbesteder voorgeschreven en ook stelt de aanbesteder een minimale credit rating vast voor de financiële instelling die de verklaring afgeeft (zie "Rijksbreed model Aanbestedingsleidraad DBFM Infrastructuur [2012]", d.d. 2 januari 2012).
- (12) De financieel-economische eis zoals die wordt toegepast bij DBFM-projecten is effectiever dan de '5%-eigen-vermogen'-eis die is voorgesteld in de Regeling. Het gaat er immers om dat de aanvrager bereid en in staat moet zijn een minimaal bedrag ter beschikking te stellen ten behoeve van het project.
- (13) Kanttekening:

De eis omtrent het minimale eigen vermogen van de aanvrager (artikel 5 Regeling) geeft onvoldoende inzicht in de vraag of de aanvragers over voldoende liquiditeit beschikken om een minimaal bedrag aan eigen vermogen beschikbaar te stellen aan het project. Beter is het als de aanvragers door middel van het overleggen van een verklaring van een financiële instelling moeten aantonen dat zij daadwerkelijk beschikken over de vereiste minimale inbreng.

Combinatievorming en groepsvennootschappen

- (14) De aanvrager moet in de financiële onderbouwing bij zijn aanvraag, inzicht bieden in zijn eigen vermogen door verstrekking van het meest recente jaarverslag. Dit blijkt uit (de voorgestelde wijziging van) artikel 2 van de Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie (zie artikel 13 sub A Regeling). Zoals hiervoor bleek, moet het eigen vermogen van de aanvrager tenminste gelijk zijn aan 5% van de totale investeringskosten.
- (15) In artikel 56 lid 2 onder (f) van het Besluit SDE laat de minister uitdrukkelijk de mogelijkheid voor partijen open om als samenwerkingsverband een subsidieaanvraag in te dienen. Ook vanuit mededingsrechtelijke optiek moet dit worden toegestaan. Daarbij komt de vraag op hoe het eigen vermogen van een aanvrager moet worden berekend als die aanvrager een samenwerking van partijen is. Mag het eigen vermogen van de partijen bij de samenwerking worden opgeteld? Relevant is ook op welke wijze een samenwerkingsverband inzicht kan geven in zijn eigen vermogen. Samenwerkingsverbanden worden doorgaans per tender gevormd en zullen ten tijde van de aanvraag nog geen jaarstukken hebben.
- (16) Bij groepsvennootschappen spelen soortgelijke vragen. De toelichting bij de Regeling vermeldt dat dochterondernemingen het eigen vermogen van de moedermaatschappij naar rato mogen meetellen. Onduidelijk is echter wat met 'naar rato' wordt bedoeld. Mogelijk mag het eigen vermogen van de moeder naar rato van haar aandelenbelang in de dochtervennootschap worden meegerekend, maar logisch lijkt dat niet. Veel belangrijker is bijvoorbeeld de vraag of het eigen vermogen van de moeder daadwerkelijk kan en zal worden aangewend om de 'equity stake' van de dochter te kunnen financieren.
- (17) Ter vergelijking; in het aanbestedingsrecht wordt het uitgangspunt gehanteerd, dat als de inschrijver een beroep doet op de middelen van groepsvennootschappen of derden in een samenwerking, de inschrijver moet kunnen aantonen dat hij daadwerkelijk over deze middelen kan beschikken (zie onder meer HvJ EG 2 december 1999, nr. C-176/98 (*Holst Italia*)). Dit kan de inschrijver dan aantonen door middel van een overeenkomst met de groepsvennootschap of de derde op wiens draagkracht hij zich beroept.
- (18) Kanttekening:

In het verlengde van de mogelijkheid om als samenwerkingsverband een subsidieaanvraag te doen, zou de Regeling bepalingen moeten bevatten voor: (i) de wijze waarop het eigen vermogen van een samenwerkingsverband kan worden berekend; en (ii) de wijze waarop een samenwerkingsverband (anders dan door overleggen van een jaarrekening) inzicht kan bieden in het eigen vermogen.

Financieringsplan

- (19) Voor de financiering van een windpark is in de regel niet alleen eigen vermogen, maar ook vreemd vermogen nodig. Daarom was oorspronkelijk in de Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie onder artikel 2 lid 3, onder meer de eis opgenomen dat een aanvrager, bij zijn aanvraag (en als onderdeel van de financiële onderbouwing als genoemd in artikel 56 lid 2 onder (e) van het Besluit SDE):
- (i) inzicht moet verschaffen in zijn eigen vermogen; en
 - (ii) een intentieverklaring van een financier moet overleggen voor de financiering van de productie-installatie.
- (20) De minister wil deze eisen voor windparken op zee verlichten. Daartoe is in de Regeling (artikel 13 sub A) opgenomen dat de eis ten aanzien van de intentieverklaring van de financier, niet van toepassing is op productie-installaties voor de productie van elektriciteit door middel van windenergie op zee. Als verklaring voor deze wijziging noemt de minister in de toelichting bij de Regeling dat de intentieverklaringen op het moment van aanvragen van de subsidie nog niet beschikbaar zullen zijn. De kosten van de bouw van een windpark op zee, zo betoogt de minister, zijn vele malen groter dan de kosten voor de realisatie van windenergie elders. Daarom is, aldus de minister, de financiering een meer complex en tijdrovend proces. Waarborgen voor de financiële haalbaarheid van de projecten voor windenergie op zee worden op andere wijze gevraagd, onder meer door de vermogensseis in artikel 4, vierde lid van de Regeling en de bankgaranties die onder de concept-uitvoeringsovereenkomst, die als bijlage aan de Regeling is gehecht (de "**Uitvoeringsovereenkomst**") gesteld moeten worden.
- (21) Wij kunnen deze redenering om verschillende redenen niet volgen. Op zichzelf is het juist dat met de financiering van een windpark op zee doorgaans hogere bedragen zijn gemoeid dan met de financiering van een windpark op land. Echter, als de minister de aanvragers voldoende tijd biedt dan kunnen zij ook voor een windpark op zee een deugdelijk financieringsplan opstellen, met inzicht in het eigen vermogen én een intentieverklaring van de beoogde financiers voor het project. Naar ons idee, en op basis van onze ervaring, zou een termijn van 9 tot 12 maanden voldoende moeten zijn. Belangrijk is ook, dat door het toepassen van deze termijn, de geplande aanvangsdatum voor de exploitatie van het windpark *niet* hoeft op te schuiven. Immers, door de aanvragers al vóór het indienen van de aanvraag een deugdelijk financieringsplan te laten opstellen, zal de winnende aanvrager, na het verlenen van de subsidie, minder tijd nodig hebben om de financiering rond te krijgen en kan hij eerder beginnen met bouwen. Anders gezegd: indien in het kader van de subsidietender een deugdelijk financieringsplan wordt uitgevraagd, kan de periode tussen de subsidietoekenning en financial close sterk worden bekort.
- (22) Verder is een belangrijk voordeel van het uitvragen van een deugdelijk financieringsplan dat de minister beter onderbouwde plannen zal ontvangen bij de subsidieaanvragen. Daarmee is de kans kleiner dat de subsidie en de Windvergunning worden verleend aan een

partij die op een later moment niet in staat blijkt het project te financieren.

- (23) Het argument van de minister uit de toelichting van de Regeling dat de financiële haalbaarheid van het project al zou zijn geborgd door de vermogensseis van artikel 5 van de Regeling, gaat naar ons idee niet op. De vermogensseis ziet louter op eigen vermogen en is onvoldoende specifiek (zie hierboven sub (13)). Ook wanneer aan de eis omtrent eigen vermogen zou worden voldaan, blijkt daaruit niet of een partij of consortium ook voldoende vreemd vermogen zal kunnen aantrekken. Dat laatste is bijvoorbeeld afhankelijk van de risico's in het plan van de aanvrager, de contracten met aannemers, leveranciers en energiebedrijven, etc. Over dit alles zegt het "eigen vermogen" van de aanvrager niets. Het uitvragen van een intentieverklaring van financiers is een veel betere indicatie. Financiers zullen een dergelijke verklaring namelijk niet willen afgeven als zij niet overtuigd zijn van de deugdelijkheid van het onderliggende (financiële) plan en de liquiditeit van de aanvrager.
- (24) Ook de gevraagde bankgarantie, in combinatie met de boete van € 5 miljoen voor de subsidieontvanger die zich in de eerste 12 maanden na de datum van de subsidiebeschikking terugtrekt, biedt naar ons idee op zichzelf niet de waarborg die een deugdelijk financieringsplan wel biedt (zie hierna sub (49)).
- (25) Een bijkomend voordeel van het bieden van meer tijd aan de aanvragers, is dat de aanvragers de door hen aangeboden tenderprijs beter kunnen doorrekenen en het tenderbedrag nauwkeuriger kunnen vaststellen. Zie daarover ook hieronder sub (37).
- (26) Kanttekening:

Net als bij subsidieaanvragen voor andere wijzen van duurzame energieproductie, zouden de aanvragers van een subsidie voor een windpark op zee, hun subsidieaanvraag vergezeld moeten doen gaan van een deugdelijk financieringsplan. In dit plan zouden de aanvragers inzicht moeten geven in de wijze waarop zij vreemd vermogen zullen aantrekken en zouden zij een intentieverklaring van een financier voor de financiering moeten opnemen.

AD (II) - RANGSCHIKKING VAN DE SUBSIDIEAANVRAGEN

- (27) De Regeling bepaalt dat subsidieaanvragen – die niet worden afgewezen op vooraf bepaalde gronden – worden gerangschikt op basis van de ingediende tenderbedragen voor de betreffende kavel (zie artikel 6 lid 5 Regeling).

Tenderbedrag

- (28) De aanvrager moet het tenderbedrag, de vollasturen en het vermogen van de installatie opgeven bij de aanvraag. Zoals gezegd vindt de rangschikking van de aanvragen plaats op basis van het tenderbedrag, waarmee wordt bedoeld het totale bedrag aan benodigde subsidie per kWh. Hoe lager het tenderbedrag, hoe hoger de rangschikking. Als twee of meer aanvragen samen als hoogste eindigen (en dus hetzelfde tenderbedrag per kWh

Stibbe

bevatten) wordt de onderlinge rangschikking door loting bepaald (zie artikel 6 lid 9 Regeling).

- (29) Het tenderbedrag is snel vermeld in de aanvraag van de subsidie, maar het doorrekenen en onderbouwen daarvan is veel lastiger. De aanvrager kan het tenderbedrag niet met nauwkeurigheid vaststellen als hij niet eerst een financieel model heeft opgesteld met de kosten en opbrengsten van het project.
- (30) Voor de vaststelling van de kosten en opbrengsten van het project moet de aanvrager – onder meer – een technisch ontwerp van het windpark opstellen. Op basis van dit ontwerp kan de aanvrager, op hoofdlijnen, afspraken maken met aannemers en leveranciers over de kosten van de aanleg van de fundering, de levering en installatie van de turbines en de exploitatie en onderhoud van het park. Ook de, aan het project verbonden, risico's zullen in kaart gebracht en geanalyseerd moeten worden. Daarbij speelt de verzekerbaarheid van risico's een belangrijke rol. Een andere belangrijke kostenpost is de financiering. De aanvrager zal, op termsheetniveau, afspraken willen maken met financiers over de financiering van het project. Aan de opbrengstenkant zal de aanvrager afspraken willen maken met een energiemaatschappij over de power purchase agreement voor de afname van elektriciteit.

Aanvraagperiode

- (31) De inwerkingtreding van de Regeling is voorzien op 1 december 2015. De aanvraagperiode start op de dag na inwerkingtreding van de Regeling en subsidieaanvragen kunnen worden ingediend tot 31 maart 2016 (artikel 4 lid 1 Regeling). Daarmee is de periode voor het indienen van de aanvraag in beginsel circa 4 maanden.
- (32) De datum van inwerkingtreding van de Regeling staat nog niet vast en is afhankelijk van de vaststelling van het kavelbesluit Borssele. Artikel 4 lid 2 van de Regeling schrijft voor dat als de Regeling later dan op 3 maart 2016 in werking treedt, de aanvraagperiode de vijfde donderdag na de datum van inwerkingtreding van de Regeling eindigt. In het laatste geval bedraagt de periode voor het indienen van de aanvraag slechts 4 weken.
- (33) Wij denken dat een termijn van 4 maanden te kort is voor het nauwkeurig vaststellen en onderbouwen van het tenderbedrag, laat staan een termijn van 4 (!) weken. Naar wij begrijpen is de minister van mening dat deze termijnen haalbaar zijn omdat aanvragers al eerder over belangrijke projectinformatie (bijvoorbeeld bodemonderzoeken) kunnen beschikken. Hoewel het vervroegd ter beschikking stellen van projectinformatie valt toe te juichen kan dit – naar onze verwachting – niet leiden tot een zo radicale verkorting van termijnen als het ministerie thans voorstelt.
- (34) Als de aanvragen binnen een te korte termijn moeten worden voorbereid, kan het tenderbedrag dat onderdeel uitmaakt van de aanvraag, onvoldoende nauwkeurig worden vastgesteld en onderbouwd. In extremis leidt dit ertoe dat aanvragers ofwel te hoog inschrijven, omdat zij in het tenderbedrag opslagen toepassen voor niet-uitgewerkte risico's, ofwel te laag. In het eerste geval is het tenderbedrag te hoog en betaalt de Staat te veel subsidie, in het tweede geval bestaat het risico dat de partij aan wie de subsidie is verleend zich later terugtrekt omdat hij de financiering niet rond krijgt. De systematiek uit de Regeling zet de deur open voor partijen die uit opportunistische overwegingen een laag

tenderbedrag bieden en het risico op de koop toenemen, dat zij achteraf de financiering niet rond krijgen.

- (35) Uit de toelichting bij de Uitvoeringsovereenkomst blijkt dat de minister zich bewust is van het risico van opportunistische aanvragen. De minister wil dit voorkomen door in de Uitvoeringsovereenkomst met de subsidieontvanger de verplichting tot het realiseren en exploiteren van het windpark op te nemen in de combinatie met een bankgarantie.
- (36) Wij zijn er niet van overtuigd dat deze maatregel niet-serieuze aanbiedingen kan voorkomen. Met name niet, omdat de subsidiegerechtigde zich gedurende de eerste 12 maanden na de datum van de subsidiebeschikking nog terug kan trekken op straffe van een boete van € 5 miljoen. Deze prikkel is naar ons idee onvoldoende in verhouding tot de waarde en het potentiële rendement van het project (zie hieronder sub (49)).
- (37) Kanttekening:

De voorgestelde periode voor de aanvraag van een subsidie is maximaal 4 maanden en kan in voorkomende gevallen worden verkort tot slechts 4 weken. Deze termijn is te kort voor aanvragers om een accuraat tenderbedrag vast te stellen en te onderbouwen. De korte termijn voor het indienen van de aanvraag in combinatie met de mogelijkheid voor subsidieontvangers om zich voortijdig terug te trekken uit het project, zet de deur open voor te lage subsidieaanvragen, gedaan uit opportunistische overwegingen.

AD (III) - UITVOERINGSOVEREENKOMST

- (38) De beschikking tot subsidieverlening wordt verleend onder de opschortende voorwaarde van het sluiten van de Uitvoeringsovereenkomst binnen 2 weken na de datum van de beschikking (artikel 8 lid 1 Regeling).

Verplichting tot ingebruikname

- (39) In de Uitvoeringsovereenkomst is de verplichting voor de subsidieontvanger opgenomen om het windpark binnen 5 jaar na de datum van de subsidiebeschikking in gebruik te nemen (artikel 1 Uitvoeringsovereenkomst). Is het kavelbesluit nog altijd niet onherroepelijk op de datum van de subsidiebeschikking, dan vangt de 5-jaarstermijn aan vanaf het moment dat het kavelbesluit onherroepelijk is geworden (artikel 10 lid 2 Regeling).
- (40) Relevant is de vraag hoe deze 5-jaarstermijn is opgebouwd. In de toelichting bij de Regeling is vermeld dat het windpark binnen 4 jaar na de datum van de subsidiebeschikking operationeel moet zijn. Deze termijn komt ook terug in artikel 14 van de Wet windenergie op zee; de vergunningsaanvrager moet aannemelijk maken dat het windpark binnen 4 jaar na het onherroepelijk worden van de Windvergunning operationeel is. Aansluitend bepaalt artikel 15 lid 1 onder (c) van de Wet windenergie op zee dat de activiteiten binnen de – in de Windvergunning vermelde – tijdvakken moeten worden uitgevoerd. De minister kan uitstel van deze termijn geven, waarbij hij – naar wij aannemen

Stibbe

– ook binnen de 5-jaarstermijn van artikel 10 van de Regeling zal blijven.

(41) Onder het Besluit SDE is het mogelijk dat de minister voor specifieke situaties ontheffing (uitstel) verleent van de verplichting tot het realiseren en exploiteren van het park volgens het plan van de subsidieontvanger (artikel 62 lid 3 Besluit SDE). De ontheffing mag er echter niet toe leiden dat het windpark, zo vermeld artikel 62 lid 3 Besluit SDE, later in gebruik wordt genomen dan 1 jaar na de dag waarop het volgens de Regeling in gebruik moet worden genomen en dus (1 + 5 jaar =) 6 jaar na de datum van de subsidiebeschikking in gebruik wordt genomen.

(42) Kanttekening:

De houder van de Windvergunning moet het windpark in gebruik nemen binnen de termijnen die in de vergunning zijn opgenomen. De minister kan uitstel van deze termijnen geven tot 5 jaar na de datum van de subsidiebeschikking en in specifieke situaties tot 6 jaar na de datum van de subsidiebeschikking. Vertraging (of de som van vertragingen) die de termijn van 5 jaar of, voor specifieke situaties, de termijn van 6 jaar overschrijden, komt voor rekening en risico van de houder van de vergunning, ongeacht de oorzaak van de vertraging. Deze voorwaarde kan de financierbaarheid van het project bemoeilijken.

Subsidieperiode

(43) De subsidieperiode is 15 jaar (artikel 9 Regeling). Relevant is dat de subsidieperiode in voorkomende gevallen eerder kan aanvangen dan de ingebruikname van het windpark en de subsidieontvanger daardoor subsidie misloopt.

(44) De subsidieperiode vangt aan op de datum die is vermeld in het plan dat bij aanvraag van de subsidie is ingediend (artikel 6 lid 2 Besluit SDE). De subsidieontvanger kan de aanvangsdatum van de subsidie maximaal driemaal wijzigen, onder de voorwaarde dat de subsidie in geen geval later aanvangt dan 5 jaar na de datum van de subsidiebeschikking (artikel 6 lid 2 en artikel 61 lid 1 Besluit SDE en artikel 10 Regeling).

(45) Hiervoor bleek dat de minister op basis van artikel 62 lid 3 Besluit SDE uitstel van de verplichting tot ingebruikname kan verlenen tot maximaal 6 jaar na de datum van de subsidiebeschikking. Deze mogelijkheid bestaat niet voor de subsidieperiode. Dit kan er, althans in theorie, toe leiden dat het windpark 6 jaar na de datum van de subsidiebeschikking in gebruik wordt genomen terwijl de subsidieperiode, reeds 1 jaar eerder, namelijk 5 jaar na de datum van de subsidiebeschikking, is aangevangen en er in feite nog maar 14 jaar subsidie resteert op de datum van ingebruikname van het park.

- (46) Kanttekening:

De subsidieperiode vangt aan op de datum die is aangegeven in het plan dat de subsidieaanvrager bij zijn aanvraag heeft ingediend. De subsidieontvanger kan de aanvangsdatum van de subsidie in de loop van het project maximaal driemaal wijzigen, echter in geen geval tot later dan 5 jaar na de datum van de subsidiebeschikking. Vertraging (of de som van vertragingen) die de termijn van 5 jaar overschrijden, komen in mindering op de 15 jaar subsidieperiode en zijn effectief voor rekening van de subsidieontvanger. Deze voorwaarde kan de financierbaarheid van het project bemoeilijken.

Boete bij intrekking subsidiebeschikking

- (47) De subsidieontvanger moet binnen 4 weken na de datum van de subsidiebeschikking een bankgarantie stellen van € 5 miljoen (artikel 2 Uitvoeringsovereenkomst). Deze bankgarantie correspondeert met de boete van € 5 miljoen die de subsidieontvanger verbeurt als de Staat de subsidiebeschikking binnen 12 maanden na datum van de subsidiebeschikking intrekt. Na verloop van 12 maanden na de datum van de subsidiebeschikking moet de subsidieontvanger een bankgarantie van € 25 miljoen stellen (of de bankgarantie van € 5 miljoen verhogen tot € 25 miljoen).
- (48) Met deze regeling biedt de minister de subsidieontvanger de mogelijkheid zich gedurende de eerste 12 maanden van het project terug te trekken als het hem niet lukt financial close te bereiken, op straffe van een boete van € 5 miljoen. Wij menen dat van deze boete een onvoldoende prikkel uitgaat. Bovendien werkt deze regeling opportunistische aanvragen in de hand. De regeling biedt de mogelijkheid aan een partij om met een laag tenderbedrag in te schrijven en vervolgens te speculeren op het bereiken van financial close nadat de subsidie is gegund. Het risico hiervan is het verbeuren van een boete van € 5 miljoen. Gezien de waarde van de windparken op zee en de potentiële rendementen, valt geenszins uit te sluiten dat een calculerende aanvrager bereid is dit risico te nemen.

- (49) Kanttekening:

Van (alleen) een boete van € 5 miljoen voor het voortijdig terugtrekken uit het project gaat mogelijk een onvoldoende prikkel uit. Naar ons idee zou deze boete gecombineerd moeten worden met de verplichting voor de aanvragers om bij de subsidieaanvraag een deugdelijk financiersplan te overleggen, met een intentieverklaring van een financier voor de financiering.

Boete bij te late ingebruikname

- (50) De boete voor te late ingebruikname van het windpark bedraagt € 2,5 miljoen per maand met een maximum van € 25 miljoen (artikel 4 Uitvoeringsovereenkomst).

- (51) Deze boetes zullen naar onze inschatting niet het gewenste effect hebben. De aanvangsdatum van de subsidieperiode is, in beginsel, gekoppeld aan de datum waarop het park verplicht in gebruik moet worden genomen. Als beide data al verschillen, dan kan alleen de aanvangsdatum van de subsidieperiode eerder plaatsvinden dan de verplichte datum van ingebruikname (zie hiervoor sub (44) en (45)). Is er vertraging ten opzichte van de verplichte datum van ingebruikname waarvoor geen ontheffing (uitstel) door de minister is verleend, dan gaat die vertraging ten koste van de 15 jaar subsidieperiode. Een verkorting van de subsidieperiode leidt tot minder subsidie-inkomsten en is een belangrijke schadepost voor de subsidieontvanger (en zijn financiers). Bovendien zal de subsidieontvanger zich in de regel jegens de banken verplichten tot aflossing en betaling van rente vanaf de geplande datum van ingebruikname. Door te laat in gebruik te nemen, is de subsidieontvanger genoodzaakt later af te lossen en daardoor is hij meerkosten verschuldigd onder de financieringsdocumentatie.
- (52) De verkorting van de subsidieperiode is, samen met de meerkosten op grond van de financieringsdocumentatie, een voldoende prikkel voor de subsidieontvanger om het windpark tijdig in gebruik te nemen. De boete uit artikel 4 van de Uitvoeringsovereenkomst voegt daar niets aan toe, behalve dat de, toch al niet geringe, schade van de subsidieontvanger nog groter wordt. Een additioneel nadelig gevolg van boetes is dat de subsidieontvanger met het risico daarvan rekening zal houden in zijn financieel plan en daarvoor risico-opslagen zal toepassen. Deze risico-opslagen leiden tot verhoging van het aangeboden tenderbedrag en komen daarmee uiteindelijk voor rekening van de Staat.
- (53) Kanttekening:

De boetes voor te late ingebruikname van een windpark hebben naar onze mening geen of slechts zeer beperkt nut. Wij stellen voor deze te laten vervallen.

AD (IV) - VERDELING VAN RISICO'S

- (54) Windparken op zee zullen in de regel worden gefinancierd door middel van projectfinanciering. Daarbij speelt de verdeling van risico's een grote rol. Risico's kunnen de prijs opdrijven en een obstakel zijn voor financierbaarheid. De Regeling, de Uitvoeringsovereenkomst en de Uitvoeringsregeling zijn naar ons idee de juiste instrumenten voor het vastleggen en uitwerken van de risicoverdeling tussen de Staat en de subsidieontvanger. In de Regeling, de Uitvoeringsovereenkomst en de Uitvoeringsregeling die thans ter consultatie liggen is een dergelijke risicoverdeling echter nog niet terug te vinden.
- (55) Hieronder zijn enkele voorbeelden van risico's opgenomen en doen wij een suggestie voor de verdeling daarvan tussen de Staat en de subsidieontvanger. Als genoemde risico's niet nader worden verdeeld, verwachten wij dat dit de financiering van de aankomende projecten ernstig zal bemoeilijken.

Wijziging in het kavelbesluit

- (56) Volgens de laatste planning zal de minister het kavelbesluit voor Borssele in november 2015 nemen. Uitgangspunt is dat de Regeling op 1 december 2015 in werking treedt. De Regeling bepaalt dat aanvragen voor subsidie in beginsel voor 31 maart 2016 moeten worden ingediend (artikel 4 Regeling). Op het kavelbesluit is de Crisis- en herstelwet van toepassing (artikel 8 Wet windenergie op zee). Als tegen het kavelbesluit beroep wordt ingesteld moet de Afdeling binnen 6 maanden uitspraak doen; voor Borssele dus uiterlijk medio 2016. Gevolg van dit alles is dat het kavelbesluit allicht nog niet onherroepelijk is op de datum van de vergunningbeschikking. Wel zal het kavelbesluit – naar verwachting – onherroepelijk worden binnen de termijn die aanvragers inplannen voor het behalen van financial close.
- (57) Een belangrijk risico is dat het kavelbesluit nog kan wijzigen na indiening van de subsidieaanvraag, als gevolg van het feit dat het kavelbesluit nog niet onherroepelijk is. Deze wijzigingen kunnen ingrijpende gevolgen hebben. Om een voorbeeld te geven, het kavelbesluit bevat de voorwaarden voor de bouw en exploitatie van het park, waaronder de buitencontouren, de hoogte van de wieken en de maximale oppervlakte van de wieken. Een wijziging in deze voorwaarden heeft ingrijpende gevolgen voor het ontwerp van de subsidieontvanger (waaronder de inrichting van het windpark, de toe te passen funderingstechniek, het type turbine, de rotorbladen en masten) en het geboden tenderbedrag.
- (58) De Regeling biedt de subsidieontvanger nauwelijks bescherming tegen wijzigingen in het kavelbesluit. Weliswaar is in de Uitvoeringsovereenkomst (artikel 4 lid 7) opgenomen dat de subsidieontvanger, ingeval van een wijziging van het kavelbesluit, zonder boete te verbeuren een verzoek tot intrekking van de subsidiebeschikking mag indienen, maar de subsidieontvanger heeft niet het recht het subsidiebedrag aan te passen. Naar ons idee ten onrechte. Het gaat hier immers om de situatie dat subsidietender al is doorlopen en gewonnen door de (zittende) subsidieontvanger. Deze zal zelden intrekking van de gehele subsidiebeschikking verlangen – het gaat slechts om aanpassingen naar aanleiding van eventuele wijzigingen van het kavelbesluit.
- (59) Kanttekening:

De subsidieontvanger zou onder de Regeling beschermd moeten worden tegen de gevolgen van wijzigingen in de onherroepelijke versie van het kavelbesluit ten opzichte van de versie die beschikbaar was ten tijde van de subsidieaanvraag. In dat geval zou de hoogte van de subsidie moeten worden aangepast middels een, in de Uitvoeringsovereenkomst op te nemen, mechanisme.

Bezwaar en beroep tegen de subsidiebeschikking en Windvergunning

- (60) De winnaar van de subsidietender krijgt subsidie toegekend middels een subsidiebeschikking en zal in de regel tevens aanspraak kunnen maken op de

Stibbe

Windvergunning.

- (61) Anders dan ten aanzien van het kavelbesluit, is de Crisis- en herstelwet niet van toepassing op de subsidiebeschikking en de Windvergunning. Dit betekent dat tegen beide besluiten bezwaar kan worden gemaakt, schorsing kan worden verzocht en beroep kan worden ingesteld volgens de "normale" procedures van de Algemene wet bestuursrecht. Dientengevolge kan het jaren duren voordat de subsidiebeschikking en Windvergunning onherroepelijk zijn.
- (62) De winnaar van de subsidietender zal er in het algemeen naar streven om binnen 6 maanden tot een jaar na de subsidieverlening financial close te bereiken. Echter, als voorwaarde voor financial close zullen de banken doorgaans verlangen dat de subsidiebeschikking en de Windvergunning onherroepelijk zijn. Onder de Regeling is het echter zeer wel mogelijk dat aan deze eis niet kan worden voldaan. Immers, behandeling van bezwaar en beroep kan doorlopen tot ver na het verstrijken van genoemde periode van 6 tot 12 maanden na subsidieverlening.
- (63) Laatstbedoeld risico is des te groter, omdat verliezers van de subsidietender hun pijlen naar verwachting zullen richten op de subsidiebeschikking en de Windvergunning. Dat zijn immers de beschikkingen die in aansluiting op de rangschikking van de subsidieaanvragen (gunning van de subsidie) worden genomen. Wij achten het – bij de systematiek uit de Regeling – geenszins uitgesloten dat verliezers van de subsidietender effectief het bereiken van financial close door de winnaar kunnen verhinderen door het gaande houden van bezwaar- en beroepsprocedures tegen de subsidiebeschikking en de Windvergunning.
- (64) Dit probleem had kunnen worden opgelost, door de Crisis- en herstelwet ook van toepassing te verklaren ten aanzien van de subsidiebeschikking en de Windvergunning in de Wet windenergie op zee. Nu de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer reeds heeft plaatsgevonden en het wetsvoorstel door de Tweede Kamer is aangenomen, is dit inmiddels geen reële mogelijkheid meer. Het alternatief is, dat de Staat de winnaar van de subsidietender vrijwaart voor negatieve consequenties van bezwaar, schorsing of beroep. Dat is niet ongebruikelijk; in Nederlandse infrastructuurprojecten op DBFM basis compenseert de Staat de winnende inschrijver in geval van:
- "(...) een beslissing van het bevoegde bestuursorgaan of een bevoegde rechter naar aanleiding van een verzoek, bezwaar of beroep van een derde om, al dan niet bij wijze van voorlopige voorziening, een door de Opdrachtnemer te verkrijgen Vergunning in te trekken, te schorsen of te vernietigen, één en ander voor zover de Opdrachtnemer aantoont dat de ingediende aanvraag voldoet aan de voorschriften voor het in behandeling nemen daarvan (...)"*
- (65) Een dergelijke regeling, op te nemen in de Uitvoeringsovereenkomst, maakt het behalen van financial close, zonder dat de subsidiebeschikking en de Windvergunning herroepelijk zijn, mogelijk. Bezwaar en beroep tegen de subsidiebeschikking en de Windvergunning brengt niet alleen het risico van vertraging met zich, maar ook het risico dat bedoelde beschikkingen na verlening nog worden aangepast. Dat risico werd reeds besproken ten aanzien van het kavelbesluit (zie hiervoor sub (59)) en voor de subsidiebeschikking en de

Windvergunning zou een vergelijkbaar compensatiemechanisme in de Uitvoeringsovereenkomst moeten worden opgenomen.

(66) Kanttekening:

Tegen de subsidiebeschikking en de Windvergunning staat bezwaar en beroep open volgens de "normale" procedures uit de Algemene wet bestuursrecht. Dientengevolge kan het lange tijd (jaren) duren voordat deze beschikkingen onherroepelijk worden. Echter, de financiers van de windparken zullen in de regel verlangen dat deze beschikkingen onherroepelijk zijn alvorens financial close kan worden bereikt. Bij de huidige stand van zaken kunnen bezwaar en beroep tegen de subsidiebeschikking en de Windvergunning dan ook ernstige vertraging veroorzaken. Dit risico kan worden beperkt als de Staat de negatieve consequenties van bezwaar en beroep tegen subsidiebeschikking en Windvergunning op zich neemt krachtens een regeling in de Uitvoeringsovereenkomst.

Andere risico's

- (67) Naast het risico van het wijzigingen van het kavelbesluit (zie hiervoor sub (59)) en het risico van bezwaar en beroep tegen de subsidiebeschikking en de Windvergunning (zie hiervoor sub(66)), is een aantal risico's nog niet geadresseerd in de Regeling, de Uitvoeringsregeling en de Uitvoeringsovereenkomst. Voorbeelden hiervan zijn de relevante wijziging in wet- en regelgeving en overmacht. Op basis van de Regeling en de Uitvoeringsregeling is niet duidelijk of de minister een subsidieontvanger uitstel van de geplande datum van ingebruikname en van de geplande aanvangsdatum van de subsidieperiode zal verlenen, als één van deze risico's zich verwezenlijkt.
- (68) Verder zou de Staat naar onze mening en in afwijking van artikel 5 lid 1 van de Uitvoeringsovereenkomst het risico moeten nemen op de aanwezigheid van feiten of omstandigheden niet blijkend uit de – door de Staat – verstrekte gegevens en het afwijken van de – door de Staat – verstrekte gegevens. De aanvrager zal zijn aanvraag immers baseren op deze verstrekte gegevens (waaronder archeologische en geologische onderzoeksgegevens) en kan niet zelfstandig onderzoek doen om te verifiëren of deze gegevens juist en volledig zijn.
- (69) In Nederlandse infrastructuurprojecten op DBFM basis verleent de Staat uitstel aan de opdrachtnemer in geval van (in het DBFM overeenkomst gedefinieerde) 'bijzondere omstandigheden', waarvan soortgelijke risico's als hiervoor genoemd, onderdeel uitmaken. Daarnaast vergoedt de Staat de financieringskosten van de opdrachtnemer als gevolg van het optreden van 'bijzondere omstandigheden', zoals de extra rente op de hoofdsom, commitment fees en (rente)herstructureringskosten. Ook zijn er 'bijzondere omstandigheden' waarin de Staat het (volledige) financieel nadeel van de opdrachtnemer vergoedt, waaronder de verdragingskosten van de onderaannemers van de opdrachtnemer. Zie onder meer artikel 9 van de "DBFM-overeenkomst Rijkswaterstaat", versie 4.1.

(70) Kanttekening:

Een aantal risico's, zoals overmacht en wijziging in wet- en regelgeving is niet geadresseerd in de Regeling, de Uitvoeringsregeling en de Uitvoeringsovereenkomst. De Staat zou bij het verwezenlijken van deze risico's uitstel van verplichtingen aan de subsidieontvanger moeten verlenen. In het verlengde hiervan, zou de Staat de meerkosten van de subsidieontvanger ten gevolge van het verwezenlijken van deze risico's moeten compenseren.

De Staat zou ook het risico op het onvolledig of onjuist zijn van – door de Staat – verstrekte gegevens op zich moeten nemen en uitstel moeten verlenen van verplichtingen en meerkosten moeten compenseren als dit zich voordoet.

AFRONDING

- (71) De regering heeft zich de bevordering van windenergie op zee tot doel gesteld. Met het opstellen van conceptversies van de Regeling windenergie op zee 2015 en de Uitvoeringsregeling Wet windenergie op zee 2015 is weer een belangrijke en indrukwekkende stap in de richting van dat doel gezet.
- (72) Bij bestudering van de genoemde regelingen kwam een aantal vragen op, naar aanleiding waarvan wij aandachtspunten hebben geformuleerd, die in deze reactie zijn opgenomen. Wij hopen dat de minister deze aandachtspunten meeneemt in een volgende versie van de regelingen.

Hoogachtend,

D.C. Orobio de Castro

I. de Groot