

MINISTERIE VAN ECONOMISCHE ZAKEN

DATUM: 16 APRIL 2014

ZIENSWIJZE

van:

ALLEN & OVERY LLP

Amsterdam

Vertegenwoordigd door:

Werner Runge, Jochem Spaans en Marinus Winters

Ten aanzien van de

CONCEPT WET WINDENERGIE OP ZEE

Zoals gepubliceerd op <http://www.internetconsultatie.nl>

1. INLEIDING

- 1.1 Allen & Overy LLP (**A&O**) heeft met belangstelling kennis genomen van de Concept Wet windenergie op zee (**Concept WOZ**), die gepubliceerd is op de internetsite www.internetconsultatie.nl. A&O is een internationaal opererend advocatenkantoor met een sterke financierings- en projectenpraktijk. A&O is in de afgelopen jaren betrokken geweest bij de (financiering van de) ontwikkeling van diverse offshore windmolenparken in zowel Nederland als in de ons omringende landen. A&O heeft bijvoorbeeld opgetreden voor de financiers van de offshore windmolenparken Amalia, Belwind en Project Gemini. A&O heeft tevens marktpartijen als Dong en Mitsubishi bijgestaan bij de verwerving van belangen in projectvennootschappen die over een vergunning e/o een subsidie beschikken om een offshore windmolenpark te ontwikkelen.
- 1.2 A&O onderschrijft de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de Concept WOZ. Om de ontwikkeling van offshore windmolenparken te versnellen en de kosten te reduceren is het nodig de doorlooptijden van de vergunningverlening te verkorten en onzekerheden bij de verkrijging van de noodzakelijke subsidie voor de ontwikkeling van de offshore windmolenparken zoveel als mogelijk weg te nemen.
- 1.3 Wij verwachten dat veel externe financiers, zoals banken en kredietverzekeraars, de aankomende jaren de ontwikkeling van offshore windmolenparken zullen financieren, omdat veel kapitaal benodigd is om aan de doelstellingen uit het Energieakkoord voor de ontwikkeling van offshore windparken te voldoen. Deze partijen zullen zoveel als mogelijk de externe risico's willen uitsluiten voordat zij bereid zijn grote sommen geld te verstrekken aan de ontwikkelaars van offshore windparken.
- 1.4 In deze zienswijze hebben wij een aantal aandachtspunten op een rij gezet die wij in de afgelopen jaren bij (de financiering van) de ontwikkeling van offshore windmolenparken gesignaleerd hebben. Deze aandachtspunten leiden nog tot onzekerheid bij de ontwikkeling van offshore windmolenparken en het verdient aanbeveling duidelijkheid te scheppen ten aanzien van deze onderwerpen. De WOZ kan hierin voorzien, maar het is uiteraard ook mogelijk deze aandachtspunten te adresseren in andere wetten.

2. AANDACHTSPUNTEN

(a) Continuïteit regelgeving

- 2.1 Ten eerste is het van belang dat de regelgeving tijdens de ontwikkeling van de offshore windmolenparken (zoveel als mogelijk) ongewijzigd blijft. Het is daarom noodzakelijk de WOZ en andere wetten die de ontwikkeling van de windparken op

zee reguleren in stand te laten in de periode dat deze windmolenparken ontwikkeld worden. Veranderende regelgeving zorgt voor onzekerheid en kan daardoor leiden tot vertraging van een project.

(b) Natuurtoets

- 2.2 De Concept WOZ neemt tot uitgangspunt dat de beoordeling van de natuuraspecten deel uitmaakt van het kavelbesluit, zodat geen afzonderlijke vergunning ingevolge de Natuurbeschermingswet 1998 meer vereist is. In de toelichting van de Concept WOZ wordt daarom overwogen dat de beoordeling zal moeten plaatsvinden op grond van de op het moment van vaststelling van het kavelbesluit bekende technieken en materialen, omdat dan nog niet bekend is hoe het windpark precies zal worden gebouwd en geëxploiteerd. De toelichting wijst in dit verband op het belang dat het project voldoende concreet wordt beschreven en dat de passende beoordeling op het moment van vergunningverlening nog actueel is. Dit belang is onzes inziens groot. Voorkomen moet worden dat de voorgestelde wijze van regeling nieuwe vragen oproept en daarmee tot onzekerheden leidt, die uiteindelijk zouden kunnen resulteren in een vertraging in plaats van een versnelling van het project.

(c) Criteria vergunningverlening

- 2.3 In artikel 13 van de Concept WOZ zijn de criteria opgenomen voor het verlenen van een vergunning voor de ontwikkeling van een offshore windpark. Deze criteria zijn ruim geformuleerd en zouden daarom in de praktijk kunnen leiden tot rechtsonzekerheid. Wellicht wordt dit voorkomen door de nader op te stellen Ministeriële Regeling, zoals bedoeld in artikel 13, lid 2 van de Concept WOZ. Hoe dan ook, voor de (financiering van de) ontwikkeling van offshore windparken is van belang dat wordt gewerkt met wettelijke kaders die zo duidelijk mogelijk zijn.

(d) Zekerheden op vergunningen en subsidies

- 2.4 Zoals aangegeven in de Inleiding verwachten wij dat veel externe financiers in de aankomende jaren betrokken zullen zijn bij de ontwikkeling van offshore windmolenparken. Externe financiers wensen zekerheden voor de verstrekking van een lening voor de ontwikkeling van een windmolenpark. Normaal kan een ontwikkelaar van een windpark zakelijke zekerheid verstrekken op de turbines, kabels en transformator stations. Dat is echter niet mogelijk voor turbines die gelegen zijn in de Nederlandse EEZ, aangezien het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is op de EEZ.
- 2.5 Om financiers toch zekerheden te verschaffen over de activa van het windpark die zijn gelegen binnen de Nederlandse EEZ (en buiten Nederlands grondgebied) kan

een pandrecht gevestigd worden op de vergunning die is vereist voor het ontwikkelen, hebben, houden en onderhouden van de windmolenparken.

- 2.6 Volgens artikel 3:98 Burgerlijk Wetboek gelden voor de vestiging van een beperkt recht op een goed, zoals een recht van pand, dezelfde vereisten als voor overdracht van een goed. In artikel 3:83, lid 3, BW is bepaald dat andere rechten, zoals bijvoorbeeld vergunningen, overdraagbaar zijn wanneer de wet dit bepaalt. Het is voor de financierbaarheid van off shore windparken gunstig wanneer de wet op basis waarvan een vergunning wordt verleend duidelijk stelt dat de betreffende vergunning overdraagbaar is en derhalve ook vatbaar is voor verpanding.
- 2.7 Het is goed dat de Concept WOZ voorziet in de overdraagbaarheid van de vergunning. In artikel 23 van de Concept WOZ is echter wel opgenomen dat de Minister van Economische Zaken (**Minister**) schriftelijke toestemming moet geven voor de overdracht van een vergunning. Dit toestemmingsvereiste geldt ook voor de verpanding van een vergunning. Op zich is dat geen probleem indien de Minister bereid is die toestemming op verzoek van de vergunninghouder of haar financiers te geven.
- 2.8 Zoals aangegeven in de toelichting bij artikel 23 van de Concept WOZ, dient de nieuwe vergunninghouder te voldoen aan de eisen van artikel 13, lid 1 van de Concept WOZ. De eventuele nieuwe vergunninghouder is uiteraard nog niet bekend op het moment dat het pandrecht gevestigd wordt. Om tegemoet te komen aan de eis van de Concept WOZ dat de Minister dient te toetsen of de eventuele nieuwe vergunninghouder voldoet aan de vereisten van artikel 13, lid 1 van de Concept WOZ, zullen financiers er normaliter geen probleem mee hebben om met de Minister af te spreken dat zijn goedkeuring vereist is voor de overdracht van de vergunning in het kader van de uitwinning van het pandrecht door de pandhouder. Het vestigen van een pandrecht op een vergunning is immers niet anders dan een voorwaardelijke overdracht van die vergunning.
- 2.9 Het verdient aanbeveling wanneer de WOZ, dan wel de toelichting bij de WOZ, meer duidelijkheid op dit punt zou bieden. Met deze voorgestelde bevestiging en bereidheid om een toestemming voor verpanding te geven, waaraan eventueel voorwaarden kunnen worden verbonden, zijn de belangen van het bevoegd gezag gediend die zij heeft willen beschermen en is de financierbaarheid van deze vergunning gegeven.
- 2.10 Een alternatief is het toestemmingsvereiste voor de overdracht van een vergunning te laten vervallen. De vergunning is dan onbeperkt overdraagbaar en derhalve ook verpandbaar zonder expliciete toestemming. Het bevoegd gezag kan dan echter niet

meer controleren of de eventuele nieuwe vergunninghouder wel voldoet aan de vereisten in artikel 13 van de Concept WOZ.

- 2.11 Een ander alternatief is dat het Burgerlijk Wetboek van toepassing wordt verklaard op de EEZ (indien dat mogelijk is op grond van internationaal recht). Als de gebieden waar offshore windmolenparken ontwikkeld worden een kadastraal nummer krijgen, wordt het mogelijk gemaakt een zakelijke zekerheid te vestigen op op alle activa van het windpark. De vergunning moet dan wel geheel object gebonden zijn en daarin past niet het voorgestelde toestemmingsvereiste.

(e) Garanties

- 2.12 Volgens het Besluit Stimulering duurzame energieproductie heeft de Minister de bevoegdheid een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met de subsidie-ontvanger van de SDE+, zodat de Minister er zeker van is dat de subsidie-ontvanger ook daadwerkelijk het project zal ontwikkelen. Ter verzekering van de nakoming onder de uitvoeringsovereenkomst kan de Minister eveneens een bankgarantie verlangen. Deze bankgarantie vervalt op het moment dat de ontwikkelaar start met de bouw van het windmolenpark.

- 2.13 De ontwikkelaar van een windmolenpark is eveneens verplicht een bankgarantie te stellen voor de verplichting het windmolenpark na de exploitatie te ontmantelen. Deze garantie moet in de praktijk verstrekt worden twee maanden voordat begonnen wordt met de bouw van het windmolenpark. Dit betekent dat de ontwikkelaar gedurende twee maanden voorafgaand aan de start van de bouw twee bankgaranties moet stellen. Dit leidt tot onnodige kosten en deze doublure zou voorkomen moeten worden door de eerste bankgarantie te laten doorrollen in de tweede bankgarantie.

- 2.14 Daarnaast is het van belang dat er op het moment dat de financiers hun lening verstrekken (*financial close*) duidelijkheid bestaat over de hoogte van de bankgarantie voor de ontmanteling van het windmolenpark.

(f) Net op zee

- 2.15 Voor ontwikkelaars van offshore windmolenparken en hun financiers is het van belang dat er spoedig duidelijkheid komt over de rol van TenneT TSO B.V. (**TenneT**) ten aanzien van het net op zee. Zoals aangegeven in de toelichting bij de Concept WOZ is in het Energieakkoord afgesproken dat TenneT netbeheerder wordt van een net op zee daar waar dit efficiënter is dan een directe aansluiting. De Concept WOZ biedt op dit punt nog niet veel meer duidelijkheid. In feite biedt de Concept WOZ alleen maar duidelijkheid aan TenneT, aangezien de kosten die TenneT moet maken voor het onderzoek naar een geschikt land- en zeetracé gesocialiseerd kunnen worden.

- 2.16 Zoals aangegeven in paragraaf 3.3 van de Toelichting bij de Concept WOZ liggen de gebieden die in de structuurvisie zijn aangewezen voor wind op zee tamelijk verspreid over de Noordzee. De parken die het eerst ontwikkeld worden zijn waarschijnlijk genoodzaakt een eigen verbinding naar land aan te leggen, omdat TenneT dan nog niet de taak heeft gekregen een net op zee aan te leggen. De kosten van deze verbinding zullen door de ontwikkelaars meegenomen (en gefinancierd) worden door de SDE+ subsidie. Als deze eerste windparken ook op verschillende plekken liggen, dan gaat een mogelijke efficiëntiewinst verloren als in een later stadium nieuwe parken in de buurt worden aangelegd. Het is dan immers waarschijnlijk niet meer efficiënter om een net aan te leggen naar een park dat al enige tijd draait. De latere ontwikkelaars zullen dan eveneens genoodzaakt zijn een eigen verbinding naar land aan te leggen.
- 2.17 Deze situatie zou voorkomen kunnen worden door sneller duidelijkheid te geven over de taak van TenneT voor een net op zee, omdat het mogelijk efficiënter is wanneer TenneT in eerste instantie al een net had kunnen aanleggen waarop meerdere windparken aangesloten hadden kunnen worden. Als de ontwikkeling van de windparken sneller gaat dan het onderzoek van TenneT dan zou dat er aldus toe kunnen leiden dat er voor TenneT geen rol meer is weggelegd als beheerder van een net op zee.
- 2.18 Daarnaast zou het goed zijn voor de ontwikkelaars van de eerste windparken die zelf een verbinding naar land moeten aanleggen dat duidelijkheid verschaft wordt over de regulatoire status van deze verbinding. Als zij zelf een verbinding aanleggen naar het land dan zou deze verbinding in juridisch opzicht moeten kwalificeren als onderdeel van de installatie, zodat deze verbinding niet kwalificeert als een net in de zin van artikel 1, lid 1, onder i van de Elektriciteitswet 1998. Het leidt tot rechtsonzekerheid wanneer een verbinding van een offshore windpark “van kleur verschiet” doordat TenneT de taak krijgt een net op zee aan te leggen. Het leidt tot onzekerheid als TenneT door de inwerkingtreding van haar nieuwe taak met betrekking tot het net op zee netbeheerder zou worden van deze verbindingen. Doordat TenneT ook over het eigendom van het net dient te beschikken (artikel 10a, lid 4 van de Elektriciteitswet 1998) kan deze aanwijzing ertoe leiden dat het eigendom van de verbinding overgedragen zou moeten worden aan TenneT, terwijl de ontwikkelaar de kosten voor de verbinding al ingeprijsd heeft in de SDE+ subsidie.
- 2.19 Het aanwijzen van TenneT als netbeheerder van bestaande verbindingen kan derhalve vergaande consequenties hebben. Deze onzekerheid kan investeerders afschrikken of deze risico's hiervan worden ingeprijsd. Dit betekent dat het aanbeveling verdient wanneer duidelijkheid verschaft wordt over de regulatoire

status van de individuele verbindingen die (in eerste instantie) aangelegd zullen worden.

3. TOT SLOT

- 3.1 Wij hopen dat het Ministerie van Economische Zaken deze aandachtspunten in acht neemt bij het opstellen van de WOZ om zodoende regulatoire onzekerheid weg te nemen bij de ontwikkelaars, investeerders en financiers van offshore windparken. Dit zal de financierbaarheid en daarmee ook de ontwikkeling van deze projecten ten goede komen. Indien u vragen heeft, aarzelt u dan niet om contact met één van ons op te nemen. Onze contactgegevens zijn hieronder weergegeven.

Werner Runge, Partner, T. +31 (0) 20 674 1737, E. werner.runge@allenoverly.com

Jochem Spaans, Counsel, T. +31 (0) 20 674 1500, E. jochem.spaans@allenoverly.com

Marinus Winters, Counsel, T. +31 (0) 20 674 1594, E. marinus.winters@allenoverly.com

Deze zienswijze is opgesteld door Werner Runge, Jochem Spaans en Marinus Winters van Allen & Overy LLP, Apollolaan 15 (1077 AB) Amsterdam, telefoon: 020 674 1594, fax: 020 674 1027.