

De coöperatie en collectieve zelfopwekking van duurzame energie

Mr. D.N. Heeger *

Inleiding

Sinds enkele jaren is in Nederland het in groepsverband zelf opwekken van duurzame energie door private partijen (zogenoemde 'zelfopwekking') aan een heuse opmars begonnen. Individuele particulieren en ondernemingen kunnen op deze wijze een bijdrage leveren aan de verduurzaming van de energievoorziening in Nederland. Dergelijke initiatieven worden vrijwel zonder uitzondering door middel van coöperaties vormgegeven en dat is geen toeval. De juridische kenmerken van de coöperatie en de grote mate van flexibiliteit die de wet biedt bij de inrichting daarvan maken de coöperatie namelijk zeer geschikt voor het opzetten van dit soort initiatieven.

In deze bijdrage wordt uiteengezet waarom de coöperatie zo geschikt is als rechtsvorm voor de gezamenlijke zelfopwekking van duurzame energie en zullen enkele aandachtspunten worden behandeld bij de juridische inrichting van dergelijke coöperaties. Allereerst wordt kort uiteengezet wat de zelfopwekking van duurzame energie inhoudt en wordt een overzicht gegeven van de diverse vormen van coöperatieve zelfopwekking die in de praktijk zijn ontstaan. In deze bijdrage wordt onder duurzame energie begrepen zowel elektriciteit als gas dat op duurzame wijze is opgewekt, waarbij dient te worden opgemerkt dat veruit het grootste deel van de duurzame energieprojecten die binnen het bestek van deze bijdrage vallen, betrekking heeft op duurzaam opgewekte elektriciteit.

Zelfopwekking van duurzame energie

Onder zelfopwekking van duurzame energie wordt doorgaans verstaan het door middel van uiteenlopende technologieën (zoals windturbines en zonnepanelen) buiten de openbare elektriciteitsvoorziening om door private partijen zelf opwekken van duurzame energie voor (gedeeltelijk) eigen gebruik.¹ Vaak gebeurt dit in groepsverband op regionaal of lokaal niveau, waarbij meerdere particulieren en/of ondernemingen zich hebben verenigd in een samenwerkingsverband (in de regel dus een coöperatie). In de praktijk zijn diverse vormen van dergelijke coöperaties waarneembaar met uiteenlopende doelstellingen. Zo zijn er coöperaties die zich inzetten voor de opwekking en levering aan haar leden van duurzaam opgewekte energie in een bepaalde regio (zoals op de meeste Wadden-

eilanden het geval is). Ook zijn er coöperaties die zich inzetten voor de stimulering van een bepaalde vorm van duurzame energieopwekking (bijvoorbeeld 'wind op zee').²

De leden van dergelijke coöperaties bestaan in de eerste plaats uit particulieren en ondernemingen die hun eigen duurzame energie willen opwekken en afnemen. Daartoe gaan deze leden een overeenkomst aan met de coöperatie tot levering van elektriciteit; de daadwerkelijke levering van de energie wordt vaak namens de coöperatie uitgevoerd door een leverancier die over de daarvoor vereiste leveringsvergunning beschikt in plaats van door de coöperatie zelf. Veel coöperaties bieden echter ook de mogelijkheid om uitsluitend als donateur lid te worden van de coöperatie (en dus niet tevens duurzame energie af te nemen van de coöperatie) en op deze wijze de opwekking van duurzame energie te stimuleren. Niet zelden bevinden zich onder de leden van duurzame-energiecoöperaties ook één of meer onafhankelijke belangenorganisaties die het gebruik van duurzame energie proberen te vergroten en/of professionele marktpartijen met specifieke kennis op het gebied van de ontwikkeling van duurzame energieprojecten (zoals energiebedrijven of gespecialiseerde projectontwikkelaars). In sommige gevallen zijn ook de lokale overheden betrokken bij het project.

Bij zelfopwekking kan een onderscheid worden gemaakt tussen zogenaamde zelfopwekking vóór de meter en zelfopwekking achter de meter. Dit onderscheid komt er, kort gezegd, op neer dat energie die wordt opgewekt achter het punt waar het energienet overgaat in de installatie van de afnemer, kwalificeert als opgewekt achter de meter (bijvoorbeeld een zonnepaneel op het dak van de eigen woning) en energie die vóór dat punt wordt opgewekt, kwalificeert als opgewekt vóór de meter (bijvoorbeeld een windturbine op een nabijgelegen weiland dat niet aan de afnemer toebehoort).³ Zelfopwekking in groepsverband met gebruikmaking van een coöperatie zal dus doorgaans kwalificeren als zelfopwekking vóór de meter. Immers, samenwerking in een coöperatie zou overbodig zijn als de installatie geplaatst kan worden op eigen grond of bouwwerken. Juist door samen te werken in een coöperatie kunnen individuele particulieren en ondernemingen duurzame ener-

* Mr. D.N. Heeger is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Vgl. R.W. de Vlam, *Zelfopwekking als green deal?*, *Juridisch up to Date* 2011, nr. 18, p. 19-20.

2. Een overzicht van duurzame-energiecoöperaties is beschikbaar op <henribontenbal.wordpress.com>.

3. Zie voor een gedetailleerde omschrijving De Vlam 2011, p. 19-23.

gieprojecten realiseren die ze ieder voor zich op individuele basis niet hadden kunnen bereiken.

Dit verschil is relevant voor de regulatoire en fiscale behandeling van de aldus opgewekte energie. Energie die is opgewekt achter de meter en die wordt ingevoerd in het openbare net mag worden verrekend met de van de leverancier afgenomen energie en alleen over het positieve saldo is energiebelasting verschuldigd (dit wordt ook wel ‘saldering’ genoemd; zie art. 31c en 95c Elektriciteitswet 1998 en art. 50 lid 2 Wet belastingen op milieugrondslag). Deze regeling geldt momenteel niet voor energie opgewekt vóór de meter. Vorig jaar zijn er verscheidene moties ingediend in de Tweede Kamer om saldering ook toe te staan voor energie opgewekt vóór de meter.⁴ Tot op heden zijn deze moties echter niet aangenomen en de ministers van Infrastructuur en Milieu en van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie stellen zich op het standpunt dat een dergelijke wijziging zal leiden tot een fiscale ‘open einde’-regeling, waarbij de financiële consequenties van tevoren niet te overzien zijn. Gevreesd wordt namelijk dat de populariteit van zelfopwekking door middel van coöperaties significant zal toenemen zonder dat de overheid daarop invloed kan uitoefenen. Volgens de betrokken ministers biedt de Regeling stimulering duurzame energie plus (SDE+) al voldoende mogelijkheden tot het stimuleren van de opwekking van duurzame energie in Nederland.⁵ Mocht de Nederlandse regering op enig moment toch besluiten op enigerlei wijze tegemoet te komen aan het verzoek vanuit de politiek, dan ligt het voor de hand dat het aantal duurzame-energiecoöperaties in Nederland verder zal toenemen.

Algemene kenmerken coöperatie

Alvorens specifiek in te gaan op enkele kenmerken van de coöperatie die deze rechtsvorm bij uitstek geschikt maakt voor het in een samenwerkingsverband zelf opwekken van duurzame energie, volgt een kort overzicht van de belangrijkste algemene kenmerken van een coöperatie.

Doelstelling

De belangrijkste eigenschappen van de coöperatie vinden we terug in artikel 2:53 Burgerlijk Wetboek (BW), dat voorschrijft dat de coöperatie zich blijkens haar statuten ten doel moet stellen om ‘in bepaalde *stoffelijke behoeften* van haar leden te voorzien *krachtens overeenkomsten* [curs. DH] met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen’. De cursieve passages geven de essentie weer van de coöperatie, die erop gericht is om als samenwerkingsverband de economische belangen van haar leden te dienen door middel van het sluiten van overeen-

komsten met diezelfde leden in verband met een activiteit van gemeenschappelijk belang.

Governance

Een coöperatie is een bijzondere vorm van een vereniging en dient te worden opgericht bij notariële akte. Het verenigingsrecht uit titel 2 van Boek 2 BW is van overeenkomstige toepassing op de juridische inrichting en governancestructuur van de coöperatie (met uitzondering van art. 2:26 lid 3 en 2:44 lid 2 BW, die respectievelijk het winstverdelingsverbod en een beperking van de bestuursbevoegdheid bevatten). De coöperatie heeft verplicht een algemene vergadering van leden en een bestuur (art. 2:27 lid 4 BW). De statuten kunnen bepalen dat tevens een raad van commissarissen wordt ingesteld (art. 2:57 BW). Ieder lid heeft het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daar één stem uit te brengen, maar van dat laatste kan worden afgeweken in de statuten (art. 2:38 lid 1 BW). Ook ten aanzien van de benoeming en samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen biedt de wet ruimte om dit naar eigen inzicht in te richten. Kortom, er bestaat een hoge mate van flexibiliteit ten aanzien van de governancestructuur van de coöperatie.⁶

Financiering en aansprakelijkheid leden

De coöperatie kent geen minimumkapitaalvereisten of andere regels van kapitaalbescherming, zoals bij de BV en NV (nog) het geval is.⁷ De individuele leden van een coöperatie zijn alleen jegens de coöperatie zelf aansprakelijk en kunnen niet rechtstreeks worden aangesproken door de schuldeisers van de coöperatie (deze schuldeisers zullen overigens voor een groot deel uit de leden zelf bestaan). De aansprakelijkheid ten opzichte van de coöperatie geldt voorts alleen in het geval van een liquidatietekort bij ontbinding, waarbij de leden in beginsel voor gelijke delen aansprakelijk zijn (art. 2:55 BW). Doorgaans wordt deze aansprakelijkheid echter beperkt (door gebruik van de aanduiding BA: beperkte aansprakelijkheid) dan wel uitgesloten (door gebruik van de aanduiding UA: uitgesloten aansprakelijkheid).

Juridische aspecten inrichting duurzame-energiecoöperatie

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de wet een hoge mate van flexibiliteit biedt ten aanzien van de juridische inrichting van een coöperatie. De wet geeft een aantal uitgangspunten, maar dikwijls kan daarvan in de statuten worden afgeweken. Juist deze flexibiliteit maakt de coöperatie zo geschikt als rechtsvorm voor collectieve zelfopwekking. De belangen van de diverse betrokkenen bij deze initiatieven lopen uiteen en de flexibiliteit bij de juridische inrichting van de coöperatie zorgt ervoor dat tegemoet kan worden gekomen aan al deze belangen in één en dezelfde rechtspersoon.

4. Zie de motie van de leden Samsom en Van Veldhoven: Kamerstukken II 2010/11, 32 588, nr. 19, p. 1-2 en de motie van de leden Samsom en Jansen: Kamerstukken II 2011/12, 33 000 XIII, nr. 59, p. 1.

5. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 588, nr. 90, item 6 en de brief van de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie aan de Tweede Kamer van 29 november 2011.

6. Vgl. R.C.J. Galle, De flexibele vereniging, WPNR (2005) 6621, p. 387-392.

7. Vgl. het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 1 en de daarop aangebrachte wijzigingen.

Dit zal hieronder nader worden geïllustreerd aan de hand van enkele juridische aspecten van de coöperatie ten aanzien van onder meer de doelstelling, governancestructuur en de financiering en aansprakelijkheid van de leden van een coöperatie. Deze aspecten zullen op hoofdlijnen worden besproken, aangezien een uitputtende behandeling niet past binnen het bestek van deze bijdrage.

Doelstelling

Zoals hiervoor uiteengezet, dient een coöperatie in de stoffelijke behoeften te voorzien van haar leden door middel van het sluiten van overeenkomsten met deze leden. De collectieve zelfopwekking van duurzame energie sluit hier goed bij aan. Immers, de coöperatie voorziet in de stoffelijke behoefte van de leden (afname van duurzame energie) door het aangaan van overeenkomsten met deze leden (de leveringsovereenkomst). De wet lijkt er niet aan in de weg te staan dat de coöperatie tevens (in beperkte mate) leden kent die geen duurzame energie afnemen van de coöperatie en ten aanzien waarvan dus niet in een stoffelijke behoefte wordt voorzien, zoals donateurs en belangenorganisaties. Wel is daarbij van belang dat het lidmaatschap van deze partijen op enigerlei wijze van betekenis is voor de coöperatie.⁸ Tevens is het de coöperatie toegestaan om ook overeenkomsten aan te gaan met niet-leden voor zover de overeenkomsten met de leden daardoor niet van ondergeschikt belang worden (art. 2:53 lid 4 BW). Een duurzame-energiecoöperatie kan dus ook (in beperkte mate) duurzame energie leveren aan niet-leden. Hoewel duurzame-energiecoöperaties doorgaans tevens ideële doelen nastreven (het stimuleren van duurzame energieopwekking), mag dit niet meer zijn dan een neven doel van de coöperatie. Het hoofddoel van de coöperatie moet van economische aard zijn.⁹

Oorspronkelijk werd de coöperatie vooral in de agrarische sector toegepast. Veel agrariërs hebben zich in een coöperatie verenigd om activiteiten van gemeenschappelijk belang op een bedrijfseconomisch zo efficiënt mogelijke wijze te realiseren (zoals het inzamelen en verwerken van melk). Nadien werd de coöperatie vooral bekend als holding in financieringsconstructies, voornamelijk vanwege fiscale voordelen (die verder buiten beschouwing blijven in deze bijdrage). De duurzame-energiecoöperatie kan in die zin worden beschouwd als een moderne toepassing van de coöperatie in traditionele zin.

Governance

Een duurzame-energiecoöperatie kent doorgaans een groot aantal reguliere leden die duurzame energie afnemen van de coöperatie en daarnaast enkele bijzondere leden (zoals belangenorganisaties en kennisinbrengers). Deze verschillende soorten leden vergen afwijkende regelingen ten aanzien van de kapitaalbijbreng en de zeggenschap en vertegenwoordiging in de algemene vergadering. De flexibele juridische inrichting van

de coöperatie leent zich daar goed voor en biedt de leden een ruim assortiment aan keuzemogelijkheden.

Doorgaans kennen de duurzame-energiecoöperaties diverse categorieën van leden (ook wel clusters of afdelingen genoemd). Voor elk type lid wordt een aparte categorie lidmaatschap gecreëerd in de statuten. Zo worden de reguliere leden die tevens afnemer zijn van de coöperatie doorgaans als een aparte categorie aangemerkt. Daarnaast worden vaak nog twee of drie andere categorieën gecreëerd (bijvoorbeeld voor de belangenorganisaties en kennisinbrengers). Voorts maken veel duurzame-energiecoöperaties gebruik van de wettelijke mogelijkheid om met een systeem van afgevaardigden te werken (art. 2:39 BW).¹⁰ Elke categorie van leden kiest in dat geval één of meer afgevaardigden en die afgevaardigden vormen dan gezamenlijk de ledenraad die de bevoegdheden van de algemene vergadering toekomt. Afhankelijk van de (kapitaal)bijbreng van een bepaalde categorie leden kan deze categorie het recht worden toegekend om meer of minder afgevaardigden aan te wijzen. Ook kan het aantal door iedere afgevaardigde in de ledenraad uit te brengen stemmen variëren en kan in de statuten worden vastgelegd dat bepaalde besluiten alleen kunnen worden genomen met de instemming van één of meer afgevaardigden. Deze methodiek biedt tevens de mogelijkheid om de benoemingsrechten van de bestuurders en commissarissen te koppelen aan de relevante ledencategorie. Verder voorziet de wet erin ook niet-leden het recht tot benoeming van bestuurders en commissarissen statutair toe te kennen en kunnen niet-leden als bestuurder of commissaris worden benoemd. Artikel 2:37 BW regelt dit voor bestuurders en artikel 2:57 en 2:57a BW voor de raad van commissarissen. Indien de structuurregeling van toepassing is, gelden op grond van artikel 2:57a jo. 2:63f BW afwijkende regels voor de benoeming en samenstelling van de raad van commissarissen. Aldus kunnen bijvoorbeeld ook lokale overheden die geen lid zijn van de coöperatie worden betrokken bij het project en zeggenschapsrechten verkrijgen.

Op bovenomschreven wijze kunnen de leden van een duurzame-energiecoöperatie op maat gemaakte regelingen ten aanzien van de governancestructuur vastleggen in de statuten en, ondanks een vaak groot aantal leden van uiteenlopende aard, tot efficiënte besluitvorming komen die de relatieve bijbreng van ieder lid op de juiste wijze reflecteert. In de praktijk wordt daar ook ruimschoots en op uiteenlopende wijze gebruik van gemaakt. In de regel geldt echter dat de zeggenschap van ieder lid, logischerwijs, gerelateerd is aan de kapitaalbijbreng van ieder lid. Zoals hierna nader uiteen zal worden gezet, biedt de coöperatie ook ten aanzien van de kapitaalbijbreng een hoge mate van flexibiliteit.

8. Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 389.

9. Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II, nr. 389.

10. Vgl. P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Kluwer 2007, p. 163-164.

Financiering en aansprakelijkheid leden

Er gelden geen minimumkapitaalvereisten voor de oprichting van een coöperatie en een coöperatie kan bij een eenvoudige notariële akte worden opgericht. Deze laagdrempelige oprichtingsvereisten maken een coöperatie zeer geschikt voor duurzame energieprojecten, die doorgaans op kleine schaal beginnen. De wettelijke regeling van artikel 2:55 en 2:56 BW, die uitsluitend voorschrijft dat de leden bij ontbinding aansprakelijk zijn jegens de coöperatie voor een tekort tenzij anders geregeld in de statuten, is verouderd en heeft in de huidige praktijk nauwelijks meer betekenis. Tegenwoordig wordt de aansprakelijkheid van de leden vrijwel zonder uitzondering uitgesloten en wordt voorzien in zelffinanciering door de leden.¹¹ Veelal wordt gebruik gemaakt van een regeling waarbij de leden financiële middelen verschaffen aan de coöperatie in ruil voor een aanspraak op een proportioneel deel van het eigen vermogen van de coöperatie. Deze rechten worden meestal aangeduid als aandelen, certificaten of ledenbewijzen.¹²

Voor duurzame-energiecoöperaties is dit niet anders. Het vereiste kapitaal voor de ontwikkeling van de duurzame energieprojecten van de coöperatie wordt in hoofdzaak verschaft door de leden en de hoogte ervan verschilt vaak per ledencategorie. De zeggenschapsverhoudingen binnen de coöperatie worden in de regel zodanig ingericht dat die overeenstemmen met de relatieve kapitaalbreng door ieder lid. Indien de coöperatie een grote investering heeft ontvangen van een belangenorganisatie of een professionele partij, worden aan deze partij vaak bijzondere rechten toegekend (zoals extra stemrecht). Het opzetten van een duurzaam energieproject en de gezamenlijke financiering daarvan door een groep particulieren, ondernemingen en andere belanghebbenden vergen een creatieve en flexibele wijze van financiering. De hoge mate van flexibiliteit die de coöperatie in dat verband biedt, zal vermoedelijk dan ook een belangrijke reden zijn voor initiatiefnemers van dit soort projecten om voor een coöperatie te kiezen.

Overige overwegingen

Tot slot mag in deze bijdrage een andere in de praktijk niet te onderschatten reden voor initiatiefnemers van collectieve duurzame energieprojecten om doorgaans te kiezen voor een coöperatie als samenwerkingsverband niet onbesproken blijven. Kenmerkend voor het ondernemen door middel van een coöperatie is namelijk de oriëntatie op de langere termijn, waarbij de coöperatie als onzelfstandige onderneming niet haar eigen belangen nastreeft, maar de (gezamenlijke) belangen van haar leden, zoals in dit geval het zelf bijdragen aan de transitie naar duurzame opwekking van energie.¹³ Dit sluit goed aan bij de ideële drijfveren die vermoedelijk bij veel leden

van duurzame-energiecoöperaties een doorslaggevende rol spelen om lid te worden.

Conclusie

In Nederland bestaat toenemende belangstelling voor het in groepsverband zelf opwekken van duurzame energie en, gelet op de politieke druk om dergelijke initiatieven te stimuleren, is het de verwachting dat deze trend voorlopig zal doorzetten. De coöperatie is een bij uitstek geschikte rechtsvorm voor het opzetten van dergelijke duurzame energieprojecten. De hoge mate van flexibiliteit die de wet biedt bij de juridische inrichting van een coöperatie sluit goed aan bij de behoefte van de leden van een duurzame-energiecoöperatie om op een creatieve en flexibele wijze kapitaal aan te trekken en de zeggenschapsverhoudingen daarop aan te passen. Daarnaast is een coöperatie laagdrempelig om op te richten (geen minimumkapitaalvereisten) en sluit de wettelijk opgelegde doelstelling van een coöperatie, te weten het door het aangaan van overeenkomsten met haar leden voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden, goed aan bij de aard van de activiteiten van een duurzame-energiecoöperatie. Die stelt zich namelijk primair ten doel het door het aangaan van overeenkomsten voor de levering van duurzame energie voorzien in de behoefte van haar leden om zelf opgewekte duurzame energie af te nemen. Daarnaast sluit de identiteit van een coöperatie goed aan bij de vaak ideële doelen die de leden van een duurzame-energiecoöperatie (tevens) nastreven. Kortom, met de recente populariteit van de duurzame-energiecoöperatie lijkt de coöperatie een nieuwe, moderne toepassing te hebben gevonden, die tot een heropleving van de traditionele coöperatie kan leiden.

11. Vgl. R.C.J. Galle, Handboek coöperatie, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2010, p. 34 en G.J.H. van der Sangen, De coöperatieve onderneming: vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 271 e.v.

12. Vgl. Galle 2010, p. 37-38.

13. Vgl. Galle 2010, p. 861.