

Petje op, petje af bij de aanleg van een warmtenet

De energietransitie begint op stoom te komen. Nieuwbouwwoningen mogen sinds de zomer van 2018 niet meer op aardgas aangesloten worden. Ook de bestaande bouw moet op termijn aardgasvrij worden. Steeds meer gemeenten bezinnen zich, vanuit de aan hen – via het Klimaatakkoord – toebedeelde regierol binnen de energietransitie, dan ook op de vraag welke mogelijkheden er zijn om over te gaan tot de aanleg van warmtenetten. Welke rollen kan of moet een gemeente op zich nemen met het oog op bestaande en komende wetgeving? Manfred Fokkema schetst in dit artikel enkele kaders.

Mr. M. Fokkema¹

Warmtenetten en daarbij betrokken partijen

De Warmtewet geeft de volgende, vrij technische, definitie voor een warmtenet:

‘Het geheel van tot elkaar behorende, met elkaar verbonden leidingen, bijbehorende installaties en overige hulpmiddelen dienstbaar aan het transport van warmte, behoudens voor zover deze leidingen, installaties en hulpmiddelen zijn gelegen in een inpandig leidingstelsel, een binneninstallatie of een gebouw of werk van een producent en strekken tot toe- of afvoer van warmte ten behoeve van dat inpandig leidingstelsel, die binneninstallatie of dat gebouw of werk van een producent.’

In feite is een warmtenet een netwerk van leidingen waar warm water doorheen stroomt, afkomstig van een nabijgelegen warmtebron. Deze thermische energie wordt gebruikt om woningen en gebouwen te verwarmen en om te beschikken over warm tapwater, bijvoorbeeld om te kunnen douchen.

Bij een warmtenet zijn – zo blijkt ook uit de Warmtewet – tal van partijen betrokken, met ieder hun eigen rol:

- De warmteproducent, zijnde ‘een persoon die zich bezighoudt met de productie van warmte’. Denk bijvoorbeeld aan een fabriek, afvalverwerker of een waterschap, die/dat bij de bedrijfsvoering warmte produceert (als restproduct).
- De warmteleverancier, zijnde ‘een persoon die zich bezighoudt met de levering van warmte’.

Een leverancier wordt door warmteverbruikers vaak gezien als het energiebedrijf, namelijk het bedrijf dat warmte levert aan de consument.

- De netbeheerder, zijnde ‘degene die een warmtenet beheert’.
Een netbeheerder kan ook warmteproducent of warmteleverancier zijn, maar dat hoeft niet.
- De warmteverbruiker, zijnde ‘een persoon die warmte afneemt van een warmtenet (...)’.
Dit zijn de bewoners van (huur)woningen die willen kunnen beschikken over warm tapwater of hun woning willen kunnen verwarmen wanneer de buitentemperatuur daar om vraagt.

Gemeenten kunnen meerdere rollen (en mogelijk tegenstrijdige belangen) hebben bij de aanleg en exploitatie van warmtenetten. Niet alle hierna geduide petten hoeft de lokale overheid bij de aanleg van een warmtenet op te zetten, maar sommige wel. Hoe dan ook, gemeenten zullen keuzes moeten maken, ook omdat ze een regierol binnen de energietransitie toebedeeld hebben gekregen. Om die rol minder complex te maken, zijn inmiddels diverse publicaties en handreikingen² verschenen, wordt kennis en kunde opgedaan in diverse proef(tuin)-projecten³ en wordt er gewerkt aan een nieuwe Warmtewet 2.0. Over dit laatste kom ik aan het eind van dit artikel te spreken. Nu eerst een toelichting op een aantal verschillende petten.

Petten voor gemeenten

Pet 1: Regievoerder

In het Klimaatakkoord hebben gemeenten

een belangrijke regierol binnen de energietransitie toebedeeld gekregen. Gemeenteraden moeten in een zogenaamde transitievisie warmte uiterlijk eind 2021 een realistisch tijdspad hebben vastgelegd waarop wijken van het aardgas gaan, waarbij mogelijke alternatieven – zoals een warmtenet – in beeld worden gebracht indien de transitie voor 2030 is gepland.

Vervolgens moeten gemeenten, samen met bewoners en andere gebouw-eigenaren zoals woningcorporaties, een (wijk)uitvoeringsplan opstellen en besluiten zij over de alternatieve energie-infrastructuur van een wijk. Dit moet een reëel en betaalbaar alternatief zijn voor eigenaren en bewoners. In het uitvoeringsplan wordt vastgelegd ‘op welke datum daadwerkelijk de toelevering van aardgas wordt beëindigd’.⁴ Gemeenten staan aldus aan de lat als regievoerder, hetgeen voor hen een nieuwe rol betreft die volgens de VNG inmiddels voorzichtig wordt opgepakt.⁵

Pet 2: Beperkte rol vanuit de Warmtewet

Op de verschillende rollen die gemeenten op zich kunnen of moeten nemen bij de aanleg en exploitatie van warmtenetten gaat de huidige Warmtewet nauwelijks in. Dit laat zich als volgt verklaren. De Warmtewet is met name bedoeld om particuliere warmteverbruikers te beschermen, terwijl de marktordening voor warmtenetten weinig wettelijke regulering kent.⁶ Op grond van de Warmtewet moet een warmteleverancier zorg dragen voor een betrouwbare levering tegen redelijke voorwaarden en met inachtneming



Foto: Shutterstock.com

van een goede kwaliteit dienstverlening.⁷ De maximumprijs is in de wet (nu nog) gekoppeld aan de gasprijs, zodat warmteverbruikers niet meer betalen dan gasverbruikers.⁸ Dit wordt ook het wel het Niet-Meer-Dan-Anders-principe genoemd. Warmteverbruikers betalen voor hun aansluiting een eenmalige aansluitbijdrage, een vastrecht en een gebruiksafhankelijke bijdrage, waarbij de Autoriteit Consument en Markt de maximumprijs vaststelt.

In artikel 39 van de Warmtewet is vastgelegd dat de gemeenteraad niet bevoegd is om 'de productie en levering van warmte in het belang van de energievoorziening aan regels te binden'. Dit laat overigens de bevoegdheden van de raad onverlet bij 'aanleg, herstel, uitbreiding of vernieuwing van netten'. Deze bepaling heeft blijkens de wetsgeschiedenis met name betrekking op het Besluit aanleg energie-infrastructuur (hierna: Baei).⁹ Het Baei laat het aan het college van B&W om bij 'projecten voor de bouw of vernieuwing van ten minste 500 woningen of woningequivalenten' te bepalen of de aanleg van de energie-infrastructuur, waarvan een warmtenet deel kan uitmaken, plaatsvindt door de netbeheerder of door een natuurlijke persoon of rechtspersoon.¹⁰

Vanwege het (qua marktordening weinig) bepaalde in de huidige Warmtewet, kan een gemeente ten aanzien van de aanleg en ex-

ploitatie van een warmtenet – in afwachting van de zogenaamde Warmtewet 2.0, waarover aan het slot van dit artikel meer – diverse petten (moeten) opzetten.

Pet 3: Afdwinger van aansluitingen op een warmtenet

Bij niet-particuliere nieuwbouw kan een gemeente het aansluiten op een warmtenet in zekere mate afdwingen.¹¹ In uitgangspunt kan dit niet contractueel worden bedongen. Dit komt door het nogal eens door gemeenten overtreden contracteerverbod van artikel 122 Woningwet. Voornoemd wetsartikel is bedoeld als maatregel tegen een wildgroei aan lokale bouweisen. Wat overtreding van het verbod concreet betekent? De betreffende afspraak is nietig. Oftewel: die bestaat niet. Wil een gemeente aansluiten van (projectmatige) woningbouw op een warmtenet afdwingen, dan is het nodig dat de gemeenteraad een warmteplan vaststelt.¹² Overigens kan een gemeente ook proberen om via de Crisis- en herstelwet, bij wege van experiment, te mogen afwijken van het wettelijke contracteerverbod uit de Woningwet. Een aansluitplichtverplichting kan ook meegenomen worden in een voor een project- of gebiedsontwikkeling uitgeschreven aanbestedingsprocedure. Tot slot kunnen gemeenten in overweging nemen om (particuliere) kopers van nieuwbouwperven tot aansluiten te bewegen door hen een korting op de grondprijs te geven na aansluiting. Dat is geen stok achter de deur, maar betreft het

voorhouden van een financieel aantrekkelijke wortel.¹³

Een aansluitplicht voor bestaande woningbouw bestaat niet. Via de Crisis- en herstelwet – of zoals ik inmiddels liever zeg: de Crisis- en experimenteerwet – is inmiddels wel de bevoegdheid gecreëerd voor een aantal (proeftuin)gemeenten (met herstructureeringsgebieden) om via het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte per wijk of gebied een datum te bepalen waarop gasaansluitingen van bestaande gebouwen afgekoppeld (kunnen) worden, zodat een wijk of gebied aardgasvrij wordt.¹⁴ De facto zou dit eigenaren van bestaande woningen/gebouwen ertoe kunnen bewegen om uiterlijk per dat moment aan te willen sluiten op een warmtenet. Of zij dit zullen doen, zal niet alleen afhangen van een daaraan hangend prijskaartje, maar ook van de beschikbaarheid van (individuele) alternatieven, zoals een *all electric* oplossing. Voor een (groot) deel van de vastgoedvoorraad is warmteopwekking niet op gebouwniveau op te lossen, maar mogelijk wel via een warmtenet.¹⁵

Pet 4: (Schaarse) Vergunningverlener

Bij de aanleg van een warmtenet komt voor een gemeente al snel de rol van vergunningverlener in beeld. Denkbaar is dat er:

- een – mogelijk als schaars te duiden – omgevingsvergunning (voor bouwen) verleend zal moeten worden; of

- een vergunning (of instemmingsbesluit) benodigd is voor het leggen en in stand houden van kabels en leidingen in openbare gemeentegrond.

Ten aanzien van de verdeling van schaarse publieke rechten/vergunningen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State reeds in 2016 uitdrukkelijk overwogen dat het gelijkheidsbeginsel strekt tot het bieden van gelijke kansen.¹⁶ Bij een warmtenet lijkt sprake te kunnen zijn van schaarshheid. Door toedoen van een gemeente kan namelijk de situatie ontstaan dat slechts één partij een warmtenet kan aanleggen (in gemeentegrond, althans niet in eigen grond)¹⁷, waarna het voor derden – reeds vanwege beperkte ruimte in de ondergrond – nagenoeg onmogelijk zal zijn om nog toe te treden tot dezelfde markt.¹⁸

Zou een gemeente in dit verband geen gelijke kansen bieden door geen passende mate van openbaarheid te verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van een schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraag-tijdvak en de toe te passen criteria, dan kan dit voor potentiële gegadigden aanleiding vormen om zich bestuursrechtelijk te verzetten tegen de verstrekking van de vergunning(en), welke als zodanig ook geen (contractuele) verplichting tot realisatie met zich brengt(en). Dit brengt mogelijk het risico van vertraging van de aanleg van een warmtenet met zich. Civielrechtelijk kunnen verwijten dreigen ter zake onrechtmatig handelen.¹⁹

Pet 5: Gronduitgever

Ook is het denkbaar dat een gemeente ten behoeve van de aanleg van een warmtenet gronden moet gaan uitgeven of een beperkt recht van opstal moet verlenen. Als de gemeente deze pet opzet, kan ook het leerstuk van de schaarse rechten om de hoek komen kijken. Indien een gemeente namelijk aan een netbeheerder of exploitant van een warmtenet grond uitgeeft of een beperkt recht (van opstal) zou verlenen ten behoeve van de realisatie en/of exploitatie van een warmtenet, dan is er mogelijk sprake van de uitgifte van in feite schaarse bouwgrond. Het is denkbaar dat in die uitgifte mogelijk meer dan één marktpartij geïnteresseerd zal zijn.

Ook dan geldt dat de gemeente vanwege de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die ook op privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing zijn, waaronder het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, gehouden kan zijn om op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte te bieden om naar die gronduitgifte mee te kunnen dingen. Doet

de gemeente dit niet, dan dreigt zij daarmee onrechtmatig te kunnen handelen.²⁰

In de literatuur wordt op uiteenlopende wijze gedacht over het al dan niet moeten bieden van mededingingsruimte bij gronduitgifte door een gemeente. Er zijn meerdere auteurs die uit lijken te gaan van een verplichting tot mededinging, tenzij er dwingend objectieve redenen zijn om grond aan een bepaalde onderneming uit te geven.²¹ Mededingingsruimte kan in ieder geval worden geboden via het doorlopen van een (Europese) aanbestedingsprocedure.

Pet 6: Opdrachtgever/aanbesteder

Een gemeente kan via een (Europese) aanbesteding opdracht geven tot de aanleg, het beheer en/of de exploitatie van een warmtenet.²² Binnen het aanbestedingsrecht geldt het uitgangspunt dat marktpartijen op basis van transparante, objectieve, niet-discriminatoire criteria een eerlijke kans krijgen een opdracht – zoals de aanleg, het beheer en/of de exploitatie van een warmtenet – verleend te krijgen.

Als de gemeente voor een dergelijke opdracht niet zelf betaalt, maar bijvoorbeeld de warmteafnemers laat betalen voor de aanleg, het beheer en de exploitatie van het warmtenet, dan is er sprake van een concessie in plaats van een overheidsopdracht (voor werken). Voordelen van een aanbestede concessie kunnen zijn dat een gemeente:

- aanleg, beheer en exploitatie kan afdwingen, onder het daarbij kunnen stellen van voorwaarden ter zake kwaliteit en leveringszekerheid;
- kan voorschrijven dat ook niet-rendabele gebieden aangesloten moeten worden op het warmtenet; en
- een exploitatiebijdrage kan verstrekken ter afdekking van een onrendabele top of van een volloopriscico.

Het is mogelijk voor een gemeente om voorafgaande aan een aanbesteding een vormvrije marktconsultatie te houden, waarbij in de markt verkend wordt welke eisen en voorwaarden aan de aanleg en exploitatie van een warmtenet gesteld zouden kunnen worden.

Pet 7: Financierende- of risicodragende partij

Gemeenten kunnen diverse redenen hebben om als financierende of risicodragende partij te willen bijdragen aan of participeren in de aanleg en/of exploitatie van een warmtenet, bijvoorbeeld omdat:

- zonder gemeentelijke financiering (in de vorm van een lening of subsidie ter

afdekking van een onrendabele top en waardoor mogelijk sprake zal zijn van (deels (niet) van aanmelding vrijgestelde) staatssteun of risicodragende deelneming (aandeelhouder van een warmtebedrijf) commerciële partijen mogelijk niet geïnteresseerd zijn in de realisatie en exploitatie van een warmtenet;

- bij een eigen gemeentelijk warmtebedrijf via een aparte rechtspersoon, waarin de gemeente in voorkomend geval de aandelen houdt en waarbij toezicht wordt gehouden op het beleid, een opdracht tot aanleg en exploitatie van een warmtenet rechtstreeks kan worden ondergebracht bij deze rechtspersoon, vanwege de quasi-inbestedingsregels uit de Aanbestedingswet 2012. Een afzonderlijke Europese aanbestedingsopdracht is dan niet nodig;
- ze (permanente) zeggenschap willen verkrijgen over te maken strategische keuzes, bijvoorbeeld over de warmtetarieven en de toegang op het warmtenet voor (derde) warmteproducenten en leveranciers; en
- het kunnen opdoen van praktische ervaring met warmtenetten, welke als basis kan dienen voor het maken van strategische keuzes om andere woonwijken van het aardgas af te krijgen.

Tot slot: wetgever maak vaart met de Warmtewet 2.0

De wetgever denkt al geruime tijd na over een wijziging van de Warmtewet: ook wel genoemd Warmtewet 2.0. Deze wet zal een verdere marktordening moeten bewerkstelligen, waaronder op het vlak van onafhankelijk netbeheer.²³ Begin 2019 concludeerde de minister dat het aanbrengen van een generieke wettelijke splitsing tussen productie en levering van warmte enerzijds en het netbeheer anderzijds, niet bijdraagt aan het verbeteren van de betaalbaarheid, duurzaamheid en leveringszekerheid. Een wetsvoorstel voor de Warmtewet 2.0 zou volgens de minister naar verwachting in de loop van 2020 aan de Tweede Kamer worden aangeboden.²⁴ Kort na Prinsjesdag leek de wetgever hierop terug te zijn gekomen door geen datum meer te koppelen aan een beoogde inwerkingtreding.²⁵ Wat daar ook van zij, in het Klimaatakkoord is uitgesproken dat ‘rollen, bevoegdheden en verantwoordelijkheden bij de aanleg en exploitatie van warmtenetten’ duidelijk moeten zijn en dat de Rijksoverheid daarom wetgeving in gang zet over de marktordening van warmtenetten. Daarbij is de wens uitgesproken om deze wetgeving uiterlijk op 1 januari 2022 in werking te laten treden.²⁶



Foto: Shutterstock.com

Het zal gelet op het vorenstaande duidelijk zijn dat gemeenten vele, hen deels onbekende petten kunnen en moeten opzetten als het gaat om de aanleg en exploitatie van warmtenetten. Gemeenten zitten, zo merk ik in de dagelijkse praktijk, dan ook min of meer met smart te wachten op de Warmtewet 2.0.²⁷ Bij monde van de minister stelt de wetgever dat in deze de aan haar toebedeelde rol wordt gepakt, hetgeen ook wel blijkt uit het Klimaatakkoord. Maar nog altijd heeft er geen (concrete datum voor een) wetsvoorstel het levenslicht gezien. Daar dient wat mij betreft zo snel mogelijk verandering in te komen, zeker omdat gemeenten al in 2021 bekend moeten maken hoe en wanneer wijken 'gasloos' moeten worden. Als gemeenten als aanjager van de energietransitie moeten optreden – en dus ook voortvarend aan de slag moeten met de aanleg van warmtenetten – dan vergt dit van de wetgever dat vaart wordt gemaakt met de daarvoor benodigde wetgeving.²⁸ Naar verluidt zal de rol van gemeenten – het zijn van regisseur – in de Warmtewet 2.0 mogelijk als volgt worden verankerd. Gemeenten krijgen de bevoegdheid om (warmte)gebieden aan te wijzen waar mogelijk een warmtenet komt. Ook kunnen ze een warmtebedrijf selecteren dat verantwoordelijk zal worden voor de integrale warmteketen. Tot deze 2.0-wetgeving er daadwerkelijk is, kunnen en moeten gemeenten uit de startblokken komen met gebruikmaking van het juridische instrumentarium dat er nu al is om de realisatie van warmtenetten te bewerkstelligen.

Noten

- 1 Advocaat bij Infense advocaten en redactielid van dit tijdschrift. De redactie van dit artikel is afgesloten op 11 november 2019.
- 2 Zoals de 'Handreiking voor gebiedsgerichte warmte-uitwisseling' en de 'Processtappen energietransitie gebouwde omgeving op hoofdlijnen' en het 'Informatiepakket Transitievisie Warmte' van Netbeheer Nederland.
- 3 Zie aardgasvrijewijken.nl en de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 29 mei 2019, 2019-0000272059.
- 4 Klimaatakkoord d.d. 28 juni 2019, p. 27.
- 5 Zie ook 'Gemeente nog niet klaar voor klimaatplan', Trouw, 28 oktober 2019.
- 6 Bij elektriciteit en gas ligt dit anders: productie, levering en transport/distributie zijn hierbij gesplitst.
- 7 Artikel 2 lid 1 Warmtewet.
- 8 Artikel 5 Warmtewet.
- 9 Kamerstukken I 2008-09, 29 048, C, Memorie van Antwoord.
- 10 Artikel 5 Baei. Een zelfstandig warmtenet valt niet onder het Baei.
- 11 Behoudens ingeval er een beroep kan worden gedaan op gelijkwaardigheid om gebruik te maken van een andere warmtevoorziening. Zie Staatsblad 2011, 416.
- 12 Artikelen 1.1, 1.12a en 6.10 Bouwbesluit 2012.
- 13 M. Fokkema, 'Veilig de eindstreep halen bij de energietransitie? Draag een valhelm!', Gebiedsontwikkeling.nu, 12 juli 2019.
- 14 Zie ook Amendement Dik-Faber en Van Eijs, 'Kamerstukken II 2018-19, 35013, nr. 21, 'Wijziging van de Crisis- en herstelwet in verband met het versnellen van woningbouw en het faciliteren van duurzame ontwikkeling, zoals het verduurzamen van het energieverbruik'.
- 15 Zie ook J. van den Berg, 'Niet terugdeinzen voor complexiteit', Praktijkblad Grondzaken en Gebiedsontwikkeling 2019, editie 5, van oktober 2019, p. 7.
- 16 ABRS 2 november 2016, AB 2016/426.
- 17 Zie in dit verband Conclusie A.G. Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 en (in vervolg daarop) ABRS 19 december 2018, TBR 2019/36.
- 18 Vergelijk ABRS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611.
- 19 Zie ABRS 1 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1417.
- 20 Zie bijvoorbeeld. Rb. Arnhem (vzr.) 23 september 2010, BR 2011/6.
- 21 Zie bijvoorbeeld J.R. Vermeulen en C. van der Sluis, 'Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom', TO 2018. nr. 3 en P. Heijnsbroek, 'Aanbestedingsplichten op en over de randen van de Aanbestedingswet 2012', TA 2017/3.
- 22 Zie ook Kamerstukken II, 2018/29, 34 723, nr. 32, p. 6.
- 23 Brief Minister EZ en Klimaat d.d. 11 december 2017, 30 196, Duurzame ontwikkeling en beleid.
- 24 Brief Minister EZ en Klimaat d.d. 13 februari 2019, DGKE-WO / 19010153.
- 25 Brief Minister EZ en Klimaat d.d. 17 september 2019, DGKE-K / 19221755.
- 26 Klimaatakkoord, p. 30.
- 27 Zie in dit verband ook het rapport 'Warmtenetten in de energietransitie' van Natuur & Milieu, d.d. 7 augustus 2018.
- 28 Lees ook mijn pleidooi in het Financieel Dagblad van 11 juni 2019 dat verscheen onder de titel 'Met stoom en kokend water van het gas af? Maak vaart met de Warmtewet 2.0'.