

TBR 2019/154

Gemeenten en de aanleg en exploitatie van warmtenetten

Een gids door het huidige warmte-doolhof

— Mr. K. Meijering en mr. drs. J.A. Mohuddy¹

1. Inleiding

Gemeenten staan met de warmtetransitie voor een heidens karwei; zij hebben een centrale rol bij het beantwoorden van de Nederlandse verwarmingsvraag als verwarming niet meer met de vertrouwde cv-ketel gebeurt.

Warmtenetten zijn een belangrijk onderdeel van het antwoord op deze vraag. Dat de voor gemeenten relevante regelgeving voor warmtenetten nogal verspreid is neergelegd en niet echt op elkaar lijkt afgestemd, maakt het beantwoorden van deze vraag (in juridische zin) niet makkelijker. Aangezien gemeenten nu al volop bezig zijn met de warmtetransitie, heeft deze bijdrage als doel meer duidelijkheid te geven over de publiek- en privaatrechtelijke mogelijkheden die gemeenten hebben: wat mag, wat moet en wat mag niet? Daarbij gaan we in op de regelingen uit de Warmtewet die relevant zijn voor gemeenten, het warmteplan zoals het in het Bouwbesluit 2012 is geregeld, de Woningwet die de mogelijkheden voor gemeentelijk contracteren kan belemmeren en op de Gaswet waarin een uitzondering op de gasaansluitplicht is opgenomen voor gebieden met een (toekomstig) warmtenet. Van belang is dat de wet met name bepaalt wat gemeenten *niet* mogen. Wat wel mag, wordt hoofdzakelijk bepaald door het antwoord op de vraag; staat de wet hieraan in de weg? Niet: staat de wet dit uitdrukkelijk toe? In deze bijdrage wordt niet ingegaan op de aanbestedingsrol van gemeenten bij warmte-

netten, zie daarvoor de bijdrage van Kuypers en De Wit, *TBR* 2019/157.

2. Gemeentelijke warmtenet-kaders

Wij bespreken de belangrijkste regelgeving die de gemeentelijke mogelijkheden bepalen. Te beginnen met de Warmtewet (hierna: Ww), waarin (helemaal achteraan in het hoofdstuk Overgangsen slotbepalingen) twee belangrijke artikelen staan, te weten 38 en 39.

2.1 De Warmtewet

De Ww geldt alleen voor levering van warmte aan verbruikers² via een warmtenet³ (art. 1a lid 1 Ww). Bij levering van warmte aan niet-verbruikers en/of levering anders dan via een warmtenet (of als een van de uitzonderingen uit art. 1a lid 1 Ww zich voordoet) geldt het onderstaande dus niet.

Op grond van artikel 38 Ww worden werken uitgevoerd ten behoeve van de levering van warmte aangemerkt als 'openbare werken van algemeen nut'. Overzichtelijk, en wij beperken ons dan ook tot het aanstippen van drie gevolgen van deze kwalificatie: (i) om een gedoogplicht voor dergelijke werken op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht op te leggen, is geen afzonderlijke erkenning van het openbaar belang nodig, (ii) leveranciers mogen in contracten met verbruikers niet opleggen dat deze werken gedoogd moeten worden⁴

² 'Een persoon die warmte afneemt van een warmtenet en een aansluiting heeft van maximaal 100 kilowatt' (art. 1.1 Ww).

³ '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 in pandig leidingstelsel, een binneninstallatie of een gebouw of werk van ene producent en strekken tot toe- of afvoer van warmte ten behoeve van dat in pandig leidingstelsel, die binneninstallatie of dat gebouw of werk van een producent' (art. 1.1 Ww).

⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 048, nr. 3, p. 31.

¹ Keesjan Meijering en Jamaal Mohuddy zijn advocaten bij AKD.

en (iii) voor deze werken mag in ieder geval vanaf 1 januari 2022 geen precario meer geheven worden.⁵

Artikel 39 is ingewikkelder en minder duidelijk. Uit lid 1 volgt een verbod voor gemeenteraden (en provinciale staten) om de productie en levering van warmte in het belang van de energievoorziening aan regels te binden. Lid 2 bepaalt dat het verbod uit lid 1 de bevoegdheden bij de aanleg, herstel, uitbreiding of vernieuwing van netten onverlet laat. Er staat dus heel wat, maar heel duidelijk is het niet.

Bij het afpellen van dit artikel moeten twee Ww-pijlers in het oog gehouden worden: de bescherming van verbruikers⁶ en de eigen verantwoordelijkheid van de leverancier.⁷ Enerzijds beschermt de Ww verbruikers tegen te hoge prijzen en 'slechte' warmtelevering⁸ door specifieke verplichtingen aan leveranciers en producenten⁹ op te leggen. Anderzijds laat de Ww leveranciers en producenten redelijk vrij bij het geven van invulling aan de wijze waarop zij voldoen aan hun verplichtingen¹⁰ op het gebied van de productie van warmte (producent), respectievelijk het tot aan de deur / het overdrachtpunt afleveren van warmte bij de verbruiker (leverancier).¹¹ Het toezicht op de gekozen wijze van invulling is daarbij aan de ACM (art. 15 Ww); gemeenteraden hebben daarin geen rol.¹²

Met lid 1 is dus tot uitdrukking gebracht dat gemeenteraden geen regels mogen stellen gericht op (1) bescherming van verbruikers en/of (2) de wijze waarop leveranciers en producenten gebruik maken van de ruimte die zij hebben om aan hun Ww-verplichtingen te voldoen. Het verbod lijkt zich daarbij overigens wel tot publiekrechtelijke bemoeienis te beperken. Meer concreet zelfs tot het stellen van regels bij verordening.¹³ Privaatrechtelijke bemoeienis lijkt lid 1 onverlet te laten; zo is het gemeenten toegestaan zich als aandeelhouder te bemoeien met bedrijven die zich bezighouden met de productie en levering van warmte.¹⁴ Ook laat het verbod de bevoegdheid onverlet om regels te stellen

ten aanzien van andere belangen, zoals ruimtelijke ordening, milieu¹⁵ en 'openbare veiligheid'¹⁶, ook als die aan de in het begin van deze alinea genoemde elementen (1 en 2) *kunnen raken*. Van belang is dat de regels niet zijn gericht op die elementen. Voor het stellen van regels met betrekking tot het energetisch rendement van productie-installaties en duurzaamheidsaspecten die invloed hebben op de - wijze van - productie en levering vormt lid 1 dus geen belemmering.¹⁷

Met art. 39 lid 2 is ten slotte tot uitdrukking gebracht dat de ruimte die gemeenten vóór inwerkingtreding van de Ww al hadden om een eigen energie-infrastructuur te kiezen, een warmteleverancier te selecteren en aansluitverplichting op te leggen¹⁸, na inwerkingtreding behouden bleef.

Samengevat denken wij dat art. 39 Ww eraan in de weg staat dat de gemeenteraad bij verordening regels stelt / eenzijdig regels oplegt die zijn gericht op (1) bescherming van verbruikers en/of (2) de wijze waarop leveranciers en producenten de ruimte invullen die zij hebben om aan hun Ww-verplichtingen te voldoen. Het stellen van regels die hier 'toevallig' effect op hebben, maar er niet op zijn gericht, is wel toegestaan. Een verbod bij verordening op productie van warmte in biomassa centrales 'om het verbieden van biomassa centrales' mag dus niet; een verbod op biomassa centrales dat voortvloeit uit de eisen van goede ruimtelijke ordening, zou hier echter wel mee in overeenstemming kunnen zijn. Het nemen van een ruimtelijk besluit (zoals het vaststellen van een bestemmingsplan) om verbruikers te beschermen/leveranciers en producenten te beperken, is voorts niet toegestaan omdat hiermee een bevoegdheid wordt aangewend voor een doel waarvoor deze niet is verleend.¹⁹ Een uitgebreide motivering welk belang met een regel wordt gediend, lijkt dan ook de voorkeur te verdienen.

2.2 Het Bouwbesluit 2012

Het Bouwbesluit 2012 ('Bb 2012') staat voor gemeenten centraal als het gaat om het reguleren van aansluitingen op warmtenetten.²⁰ Daarin is namelijk geregeld onder welke voorwaarden een aansluitverplichting op een warmtenet kan wor-

⁵ Zie art. I en IV van de 'Wet van 22 maart 2017 tot wijziging van de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet in verband met het beperken van de heffingsbevoegdheid van precariobelasting voor enige openbare werken van algemeen nut', *Stb.* 2017, 157.

⁶ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 3, p. 8; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 9, p. 2-3 en *Kamerstukken II* 2009/10, 29 048, nr. 49, p. 6.

⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 3, p. 5.

⁸ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 4, p. 3.

⁹ De producent / productie lijkt er een beetje bij de haren bijgesleept, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 048, nr. 10, p. 8 onder 'W'. Hierbij is 'productie' aan het huidige art. 39 lid 1 Ww toegevoegd, maar waarom dat is gebeurd wordt niet toegelicht.

¹⁰ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 4, p. 7 en 17.

¹¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 3, p. 18-19.

¹² *Kamerstukken II* 2004/05, 29 048, nr. 9, p. 14.

¹³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 4, p. 17 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 048, nr. 9, p. 14.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 048, nr. 9, p. 14.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 048, nr. 9, p. 14.

¹⁶ De huidige art. 38 en 39 lid 1 Ww zijn 'copy-pastes' van art. 16 en 17 van de (vervallen) Wet energiedistributie, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 3, p. 31 (art. 20 en 21). In de MvT bij art. 16 en 17 uit de Wet energiedistributie wordt 'openbare veiligheid' genoemd als een belang waaromtrent de bevoegdheden van gemeenteraden ongemoeid worden gelaten: *Kamerstukken II* 1990/91, 22 160, nr. 3, p. 37-38.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 29 048, nr. 24, p. 11.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 29 048, nr. 39 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 048, nr. 4, p. 17.

¹⁹ Hetgeen in strijd is met art. 3:3 Awb.

²⁰ In het Bb 2012 wordt overigens van een 'distributienet voor warmte' gesproken, ofwel: 'collectief circulatiesysteem voor het transport van warmte door een circulerend medium voor verwarming of warmtapwater', art. 1.1, lid 1 Bb 2012.

den opgelegd. Het bestaan van zo'n plicht werd voor warmteleveranciers van groot belang geacht, al lijken zij daar (ondertussen) zelf anders over te denken.²¹ Gedachte is dat het opleggen van een aansluitplicht comfort kan geven dat het - op te richten en te exploiteren - warmtenet rendabel zal zijn. Zonder aansluitplicht bestaat er in ieder geval geen garantie dat nieuwe woningen op het warmtenet zullen aansluiten, ook al is het al wel aangelegd. Investerings in een warmtenet zijn dus onzeker gezien de onduidelijkheid omtrent de vraag of de voor de exploitatie van een warmtenet minimaal vereiste aantal aansluitingen daadwerkelijk worden bereikt.²²

Om die duidelijkheid te kunnen verschaffen, bevat het Bb 2012 met art. 6.10 lid 3 sinds 1 april 2012 een bepaling die ziet op verplichte aansluiting op warmtenetten. Sindsdien is het gemeenten niet meer toegestaan bij bouwverordening een verplichting tot aansluiting op warmtenetten op te leggen. De bouwverordening mag op grond van art. 8 lid 1 Woningwet namelijk alleen voorschriften bevatten over de aldaar genoemde onderwerpen en de aansluiting op warmtenetten is niet één van die onderwerpen.²³

De meest in het oog springende eis uit art. 6.10 lid 3 Bb 2012 voor het (kunnen) opleggen van een aansluitplicht, is dat de gemeenteraad een 'warmteplan' moet vaststellen. Hiermee wordt afgeweken van de vóór 1 april 2012 bestaande praktijk; in de oude model-bouwverordening (art. 2.7.3A) werd in ieder geval geen warmteplan verplicht gesteld, hoewel gemeenten er natuurlijk wel voor konden kiezen een andere formulering te hanteren. Wij kennen echter geen voorbeelden van gemeenten die ook de vaststelling van een warmteplan (of iets vergelijkbaars) onderdeel maakten van hun bouwverordening.

Maar wat is dan een warmteplan? Art. 6.10 lid 3 bepaalt dat niet. In de begripsbepalingen (art. 1.1 lid 1 Bb 2012) wordt het warmteplan als volgt gedefinieerd:

'besluit van de gemeenteraad inzake de aanleg van een distributienet voor warmte in een bepaald gebied, waarin voor een periode van ten hoogste 10 jaar, uitgaande van het voor die periode geplande aantal aansluitingen op dat distributienet, de mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu, gebaseerd op de energiezuinigheid van dat dis-

tributienet en het opwekkingsrendement van de over dat distributienet getransporteerde warmte, bij aansluiting op dat distributienet is opgenomen'

Aangezien noch in het Bb 2012, noch in enige andere regeling een bepaling is opgenomen omtrent de vaststelling van het warmteplan, lijkt de bevoegdheid voor de gemeenteraad om een warmteplan vast te stellen, en overigens ook wat er in dat warmteplan moet staan, dus uit de begripsbepaling te moeten worden afgeleid. Een wat bijzondere keuze van de wetgever wat ons betreft. Een met art. 3.1 Wro vergelijkbare bepaling had wat meer voor de hand gelegen.

Een vastgesteld warmteplan is echter niet de enige eis die geldt voor het kunnen opleggen van een aansluitplicht. Op grond van art. 6.10 lid 3 bestaat een verplichting om in een bepaald gebied op een warmtenet aan te sluiten als voor dat (bepaalde) gebied een warmteplan is vastgesteld én:

1. het geplande aantal aansluitingen zoals opgenomen in het warmteplan nog niet is bereikt; en
2. de in het warmteplan genoemde periode (van max. 10 jaar) nog niet is verlopen; en
3. het 'bouwwerk met een of meer verblijfsgebieden' is gelegen:
 - a. binnen het gebied dat wordt begrensd door de aansluitafstand van 40 meter tot het warmtenet (de afstandseis), dan wel
 - b. buiten voornoemd gebied maar (wel) binnen het gebied waar de aansluitkosten niet hoger zijn dan binnen dat gebied (de kostenseis).

Als aan deze eisen is voldaan, betekent dat echter niet in alle gevallen dat sprake is van een aansluitplicht. Zo geldt de aansluitplicht *niet* voor 'het bouwen van een woonfunctie voor particulier eigendom', zo volgt uit art. 1.12a Bb 2012:

'Op het bouwen van een woonfunctie voor particulier eigendom [is] [...] onverminderd het bepaalde in artikel 9.2, 10e lid, *artikel 6.10 niet van toepassing*.'

Particuliere opdrachtgevers (waar ook collectieve particuliere opdrachtgevers - CPO's - onder vallen²⁴) kunnen dus niet gehouden worden hun woningen op het warmtenet aan te sluiten. Zelfs niet als er een warmteplan is vastgesteld. Het Bb 2012 voorziet voor hen in een specifieke uitzondering.

²¹ 'Warmtebedrijven willen geen aansluitplicht voor warmtenetten', <<https://warmtenetwerk.nl/nieuws/item/warmtebedrijven-willen-geen-aansluitplicht-voor-warmtenetten/>>.

²² Kamerstukken II 2011/12, 32 757, nr. 39, p. 1.

²³ Zie ook H.M. Israëls, 'De aansluiting op warmtenetten en het warmteplan', NTE 2013/0506, p. 241.

²⁴ Uit art. 1.1 Bouwbesluit volgt dat onder 'woonfunctie voor particulier eigendom' wordt verstaan: woonfunctie die wordt gebouwd in particulier opdrachtgeverschap als bedoeld in artikel 1.1.1 van het Besluit ruimtelijke ordening of die wordt bewoond door de eigenaar'. 'Particulier opdrachtgeverschap' is daarnaast in art. 1.1.1 Bro als volgt gedefinieerd 'dat de burger of een groep van burgers - in dat laatste geval georganiseerd als rechtspersoon zonder winstoogmerk of krachtens een overeenkomst - tenminste de economische eigendom verkrijgt en volledige zeggenschap heeft over en verantwoordelijkheid draagt voor het gebruik van de grond, het ontwerp en de bouw van de eigen woning'.

Een tweede uitzondering op de aansluitplicht geldt bij gelijkwaardigheid. Als sprake is van een gelijkwaardig alternatief voor het aansluiten op het warmtenet, hoeft niet op een warmtenet te worden aangesloten. Van zo'n gelijkwaardig alternatief is sprake als ten minste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu wordt bereikt als met de in het warmteplan voor die aansluiting opgenomen mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu (art. 1.3 lid 3 Bb 2012).²⁵ Eén van de redenen waarom in het warmteplan de mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu bij aansluiting (lees: de prestaties van het warmtenet in objectieve cijfers) moeten worden opgenomen, is dus om te kunnen bepalen of een alternatief inderdaad gelijkwaardig is.²⁶

Tot zover de uitzonderingen op de aansluitplicht. Maar kan er wel een aansluitplicht gelden voor een gebied als er geen warmteplan is vastgesteld door de gemeenteraad? Dat kan in uitzonderlijke gevallen, namelijk als het gaat om een gebied waarvoor op 1 april 2012 op grond van een bouwverordening een aansluitplicht gold, zie: art. 9.2 lid 10 Bb 2012:

'Indien en voor zover in een gemeente onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van dit besluit op grond van de bouwverordening, bedoeld in artikel 8, eerste lid, van de wet, en de daarop berustende bepalingen voor een gebied een aansluitplicht op het distributienet voor warmte geldt, dan blijft deze aansluitplicht voor dat gebied van toepassing.'

In gebieden waar vóór 1 april 2012 op basis van de bouwverordening een aansluitplicht op een warmtenet gold, blijft die aansluitplicht dus ook na 1 april 2012 nog voortbestaan, zonder dat overigens een einddatum wordt genoemd. Als in een dergelijk gebied wordt bijgebouwd, geldt de aansluitplicht dus ook voor deze nieuwe gebouwen (uiteraard hangt dit af van de tekst van de specifieke gemeentelijke bouwverordening).²⁷ Met 'gebied' wordt daarbij, zo volgt uit de nota van toelichting, bedoeld het gebied waarvoor een gemeente een concessie voor de aanleg en exploitatie van een warmtenet heeft gegund.²⁸ Het wel of niet bestaan van een warmteplan maakt dan dus niet uit.

Het overgangsrecht zondert op 1 april 2012 al lopende concessies dus uit van toepasselijkheid van de - eisen uit de - aansluitplicht van art. 6.10 Bb 2012. Is het overgangsrecht van toepassing,

dan blijft een op grond van de bouwverordening geldende aansluitplicht gelden en geldt de Bb 2012-aansluitplicht niet. Of de aansluitplicht uit de bouwverordening geldt, is natuurlijk wel afhankelijk van de reikwijdte van de bepaling die daarop ziet en de vraag of een concessie is verleend. Het verdient bij het bepalen of een aansluitplicht voor een gebied geldt dus aanbeveling om te bezien hoe ver de aansluitplicht op grond van de bouwverordening ging en of afspraken zijn gemaakt met warmteleveranciers omtrent de aanleg van het warmtenet. Het warmteplan blijft evenwel het belangrijkste instrument voor het reguleren van aansluitingen op nieuwe warmtenetten.

2.3 Woningwet (art. 122)

Gemeenten beschikken niet alleen over publiekrechtelijke, maar ook over privaatrechtelijke instrumenten. Zij kunnen, net als ieder ander rechtssubject in Nederland, overeenkomsten sluiten, hoewel die bevoegdheid publiekrechtelijk beperkt kan worden.

Voor de vraag in hoeverre gemeenten private afspraken kunnen maken over onderwerpen die in het Bb 2012 zijn geregeld (zoals afspraken die zien op de aansluiting op een warmtenet), is art. 122 Woningwet²⁹ (hierna: Wonw) van groot belang. Uit dit artikel volgt namelijk dat gemeenten geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht kunnen verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens het Bb 2012 is voorzien. De onderwerpen waarin bij of krachtens het Bb 2012 is voorzien betreffen daarbij de onderwerpen die vallen onder de onder art. 2 Wonw genoemde doelen: veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu.

Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat met art. 122 Wonw de uniformering van bouwvoorschriften en het afschaffen van overbodige voorschriften in het bouwproces is beoogd.³⁰ Met art. 122 Wonw wordt dan ook voorkomen dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg de aan hen in de Wonw toegekende bevoegdheden uitbreiden en daarmee de beoogde gelijkschakeling teniet doen. Voor afspraken die verder gaan dan het Bb

²⁵ Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting over gelijkwaardigheid: H.M. Israëls en W.P.C. Mans, 'Gelijkwaardigheid in warmteplannen', *NTE* 2014/0506, p. 199-203.

²⁶ *Stb.* 2013, 75, p. 27.

²⁷ Zie ook Vz. Rb. Amsterdam 11 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:181.

²⁸ *Stb.* 2011, 676, p. 43.

²⁹ Zie uitgebreid(er) over art. 122 Wonw en het contracteren over in het Bouwbesluit opgenomen onderwerpen: J.J. Hoekstra en G.A. van der Veen, 'Kwaliteits- en bindingseisen bij nieuwbouw, wat mag wel en wat niet?', *TBR* 2008, 85 (p. 430-442), R.J. Lucassen en M.J. Pesch, 'Contracteren over bouwtechnische kwaliteit geoorloofd?', *Gst.* 2011, 87 (p. 462-475) en M. Fokkema, 'Hoge Raad zet niet-duurzame relatie tussen artikel 122 Woningwet en gebiedsontwikkeling verder onder druk', *BR* 2011, 129 (p. 636-638). Zie voor een bespreking van 122 Woningwet en diens opvolger in de Omgevingswet, art. 23.7 Ow ook: G.A. van der Veen, 'Artikel 23.7 Omgevingswet en het privaatrecht', in: P.J. Huisman, F.J. van Ommeren en A.R. Neerhof (red.), *Verwant met verband: Ruimte, recht en wetenschap. Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag: IBR 2019.

³⁰ *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3 p. 1.

2012 (zoals een hoger kwaliteitsniveau) en in onderling overleg en op basis van *gelijkwaardigheid* tot stand zijn gekomen, lijkt art. 122 Wonw de deur overigens op een kier te laten.³¹ Voorbeelden van een geslaagd beroep hierop zijn ons echter niet bekend.

Wat betekent dit voor de aansluiting op warmtenetten? Voor wat betreft de mogelijkheid om civielrechtelijk afspraken te maken op het gebied van de aansluiting op een warmtenet, heeft naar onze mening te gelden dat art. 122 Wonw hier aan in de weg staat. Met het warmteplan hebben gemeenteraden de publiekrechtelijke bevoegdheid om af te dwingen dat aangesloten wordt op een warmtenet³², waarbij projectontwikkelaars nog de mogelijkheid hebben om een beroep te doen op het gelijkwaardigheidsbeginsel. Art. 122 Wonw is ervoor om te voorkomen dat gemeenten de aan hen in de Wonw (en het daarop gebaseerde Bb 2012) toegekende bevoegdheden via de privaatrechtelijke weg uit te breiden. Privaatrechtelijk zijn de mogelijkheden dan ook zeer beperkt.

2.4 Relatie met de Gaswet

De (al dan niet toekomstige) aanwezigheid van een warmtenet heeft ook gevolgen voor de mogelijkheid om als kleinverbruiker een aansluiting³³ op een gasnet te verkrijgen. Dit kan twee kanten op werken. Enerzijds kan een college van burgemeester en wethouders ('college') door middel van een zogenaamde gebiedsaanwijzing ontheffing verlenen van het nieuwbouw-aansluitverbod uit art. 10 lid 7 onder a Gaswet als er binnen vijf jaar een warmtenet in een gebied komt, waarmee het aantal kleinverbruikersaansluitingen op het gas dus toeneemt. Aan de andere kant kan een college het aantal kleinverbruikersaansluitingen in een gebied waar een warmtenet komt te liggen 'bevrozen' c.q. voorkomen dat er meer aansluitingen bij komen (art. 10 lid 7 onder b Gaswet). Het is aan het college om te bepalen wat voor een bepaald gebied de voorkeur verdient.

De 'warmtenet-mogelijkheid' om ontheffing te verlenen van het nieuwbouw-aansluitverbod is uitgewerkt in art. 1 onder a Regeling gebiedsaanwijzing gasaansluitplicht. Hierin is opgenomen dat een college ontheffing kan verlenen als *"het niet aansluiten van een of meer te bouwen bouwwerken op het gastransportnet een risico vormt voor de realisatie*

van gemeentelijk beleid gericht op het binnen vijf jaren aardgasvrij maken van een gebied nabij het aan te wijzen gebied, opgenomen in een beslissing van het gemeentebestuur dat een samenhangend geheel van op elkaar afgestemde keuzes bevat omtrent door het gemeentebestuur te nemen besluiten of te verrichten andere handelingen, ten einde de doelstelling aardgasvrij te bereiken". Het moet dus gaan om een situatie waarin een plan van een gemeente om een nieuwbouwwijk op een warmtenet aan te sluiten er (beter) mee gediend is als deze wijk eerst tijdelijk op het aardgas wordt aangesloten. Vereist is wel dat (i) dit voorplan is uitgewerkt in enig gemeentelijk 'beleidsplan', (ii) het aannemelijk is dat het warmtenet er binnen vijf jaar ligt en (iii) het college aantoont dat de financiële haalbaarheid van het warmtenet in het geding komt als de nieuwe gebouwen in het gebied hier niet op worden aangesloten. Verder ligt het voor de hand dat het college ook rekening houdt met de kosten die de netbeheerder moet maken voor de aanleg van het gastransportnet voor een korte periode en de verwijdering van het gastransportnet daarna.³⁴

Als het college een aanwijzingsbesluit als bedoeld in art. 10 lid 7 onder b Gaswet heeft genomen, mag³⁵ de gasnetbeheerder daarentegen in het aangewezen gebied geen nieuwe kleinverbruikersaansluitingen meer verzorgen. Zo'n besluit kan echter alleen worden genomen voor gebieden waar weliswaar een gastransportnet aanwezig is, maar door een college is aangewezen als gebied waar zich een warmtenet (als bedoeld in art. 1 lid 1 Ww), bevindt of gaat bevinden dat kan voorzien in de verwachte warmtebehoefte. Hiermee hebben colleges dus de bevoegdheid om het aantal kleinverbruikersaansluitingen in een gebied als het ware te 'bevrozen': wordt in het aangewezen gebied (waar een warmtenet ligt of zal komen te liggen) een nieuwe aansluiting aangevraagd, bijvoorbeeld vanwege woningsplitsing, vervangende nieuwbouw of functiewijziging, dan mag de netbeheerder deze niet realiseren.³⁶

Interessant bij een dergelijk 'bevrozingsbesluit' is wel dat zowel voor de gemeenteraad (bij het vaststellen van een warmteplan) als het college een rol is weggelegd om ervoor te zorgen dat enerzijds aansluiting op het warmtenet in een gebied verplicht is voor nieuwe woningen en anderzijds de gasnetbeheerder niet meer mag voorzien in kleinverbruikersaansluitingen op het gasnet. In het Bb 2012 hebben we geen bepaling aangetroffen die eraan in de weg staat om de bevoegdheid van de gemeenteraad tot

³¹ Zie punt 4.6.2. van de conclusie van A-G Keus voor HR 17 juni 2011, LJN BQ1677 onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2000/01*, 27 581, nr. 3 p. 6, *Kamerstukken II 1986/87*, 20 066, nr. 3 p. 1 en p. 81, *Kamerstukken II 1988/89*, 20 066, nr. 9, p. 87 en *Kamerstukken II 1997/98*, 25 823, nr. 3 p. 3 en 4.

³² Anders moet de omgevingsvergunning voor bouwen geweigerd worden.

³³ 'aansluiting die een doorlaatwaarde heeft van ten hoogste 40 m3(n) per uur.'

³⁴ *Stcrt.* 2018, 36 136, p. 3-4.

³⁵ Zie art. 10 Aa lid 1 Gaswet. Zie hierover ook de bijdrage van Lam en Van Vulpen, *TBR* 2019/155.

³⁶ Zie hierover J.J. Karens en A.Z.R. Koning, 'Gasloos bouwen, of niet? Reikwijdte en motivering van het aanwijzingsbesluit gasaansluiting nieuwbouw', *TBR* 2018/115.

het vaststellen van een warmteplan te delegeren aan het college. Het zou wellicht wel zo praktisch zijn om het college zowel het warmteplan te laten vaststellen als te bepalen waar een warmtenet aanwezig is/zal zijn. Dit zorgt voor een betere afstemming aangaande de rechten en plichten van enerzijds de gasnetbeheerder en anderzijds de ontwikkelaars van woningen in een gebied waar een warmtenet aanwezig is/zal zijn. Onder de Omgevingswet zal dit overigens duidelijker zijn vanwege de algemene delegatiebevoegdheid uit artikel 2.8 van de Omgevingswet. De raad kan het warmteplandeel van een omgevingsplan delegeren aan het college.

Het voorgaande laat overigens aanwezige aansluitingen en daarvoor gesloten contracten onverlet.

3. Afsluitend

In deze bijdrage is stilgestaan bij de voor gemeenten relevante bepalingen uit de Warmtewet en het Bouwbesluit 2012 waar het gaat om het reguleren van de aanleg en aansluiting van warmtenetten. Zowel het college als de gemeenteraad kan hierbij een belangrijke rol hebben. Afstemming tussen deze

organen of delegatie van bevoegdheden zal volgens ons in belangrijke mate kunnen bijdragen aan een succesvolle uitrol van een warmtenet. Privaatrechtelijk zijn de mogelijkheden beperkt, omdat de wetgever het publiekrechtelijk kader heeft verheven boven het maken van contractuele afspraken over warmtenetten.

Het lijkt ons prettig voor gemeenten als de wet meer zou voorzien in een duidelijke opsomming van wat gemeenten wel en niet mogen ten aanzien van het reguleren en bevorderen van warmtenetten. Dat de Omgevingswet het warmteplan onderdeel zal maken van het omgevingsplan, is daarbij een goed begin. De wat vreemde regeling uit het huidige Bb 2012 wordt dan in ieder geval wat duidelijker. Hoewel gemeenten bij elektriciteit en gas geen leidende rol (meer) hebben, is dat bij warmte(netten) wel het geval. Gemeenten (althans hun bestuursorganen) bepalen waar en wanneer het verplicht is om aan te sluiten op het warmtenet en om hoeveel aansluitingen het gaat. Op dit moment gelden deze verplichtingen nog slechts voor nieuwe woningen, maar in de toekomst kan dit anders worden. Hier wordt al mee geëxperimenteerd. We zijn er nog lang niet! ●