

Duurzaamheid



Eelkje van de Kuilen
AKD



Keesjan Meijering
AKD

Gemeenten en warmtenetten: faciliteren of participeren?

De vorige keer is Van de Kuilen in deze rubriek ingegaan op de rol van corporaties bij de warmtetransitie: kunnen zij de rol van startmotor in de huidige juridische en financiële situatie wel vervullen?¹ Dit keer bespreken we de regisseur van deze transitie, de gemeente. Gemeenten kunnen op verschillende manieren invulling geven aan hun rol. Omdat het slagen van de warmtetransitie grotendeels afhankelijk is van de ontwikkeling van warmtenetten,² zullen deze een belangrijke rol spelen bij de keuzes die gemeenten moeten maken over hun rol.

Gemeenten hebben dus keuzes te maken. De twee uitersten rollen die zij kunnen kiezen zijn – wat kort door de bocht – faciliteren en participeren. Waar de gemeente zich in het eerste geval beperkt tot het mogelijk maken van de aanleg en exploitatie van warmtenetten door derden, bemoeit zij zich daar in het tweede geval actief/actiever mee. Hieronder gaan wij in vogelvlucht in op een

aantal aandachtspunten als gemeenten de rol van facilitator of participant aannemen. Het aanbestedingsrecht laten we buiten beschouwing.³

De faciliterende gemeente

Als de gemeente een (zuiver) faciliterende rol aanneemt, gebruikt zij publiek- en privaatrechtelijke instrumenten⁴ om de realisatie en exploitatie van warmtenetten door derden mogelijk te maken. Voor de hand liggen het planologisch en ‘vergunningtechnisch’ mogelijk maken van warmtenetten, maar denk bijvoorbeeld ook aan het verlenen van toestemming om een warmtenet in gemeentegrond te leggen. Ook het opleggen van een aansluitplicht om het volloopprijsico (lees: het risico dat de vraag naar warmte achterblijft op de verwachte afzet waarop een businesscase is gebaseerd) te verkleinen, is daarnaast een belangrijke faciliterende mogelijkheid van gemeenten.

De Warmtewet is, ondanks dat hier geen gemeentelijke bevoegdheid uit voortvloeit, van groot belang voor gemeentelijke warmtenetbevoegdheden. Art. 39 ligt namelijk als een soort ‘deken’ over de gemeentelijke bevoegdheden. Belangrijke kanttekening is wel dat deze deken uitsluitend de levering van warmte (via warmtenetten) *aan verbruikers*⁵ bedekt. Kort samengevat volgt uit art. 39 lid 1 dat de gemeenteraad niet bij verordening⁶ regels mag stellen die zijn *gericht* op:

1. bescherming van verbruikers; dit is centraal en exclusief in de Warmtewet geregeld en de ACM, niet de gemeente (of de provincie) houdt daar toezicht op; *en/of*
2. de wijze waarop leveranciers en producenten invulling geven aan hun verplichtingen op grond van de Warmtewet; het is aan *hen*, niet aan gemeenten (of provincies), om te bepalen hoe zij hier feitelijk invulling aan geven, zolang ze maar binnen de lijntjes van de Warmtewet kleuren.

Het verbod uit lid 1 ziet alleen op regels *gericht* op deze onderwerpen; het stellen van regels (bij verorde-

ning) die hier ‘toevallig’ effect op hebben, mag wel. Ook lid 2 is van belang; hieruit volgt namelijk dat de bevoegdheden die gemeenten vóór inwerkingtreding van de Warmtewet al hadden, bijvoorbeeld om een eigen energie-infrastructuur te kiezen⁷ en een aansluitverplichting op te leggen, na inwerkingtreding behouden zijn gebleven.

Bij laatstgenoemde bevoegdheid is dat overigens niet helemaal gelukt; de bevoegdheid om bij bouwverordening een aansluitplicht op te leggen, is op 1 april 2012 namelijk vervallen. Sindsdien kunnen gemeenten alleen door vaststelling van een warmteplan een plicht om ‘te bouwen bouwwerken met een of meer verblijfsgebieden’ op een warmtenet aan te sluiten opleggen.⁸ En zo’n plan is niet zaligmakend: vaststelling geeft namelijk geen garantie dat alles in het aangewezen gebied daadwerkelijk wordt aangesloten. Op de aansluitplicht bij een warmteplan bestaan namelijk uitzonderingen; zo zijn particuliere opdrachtgevers (inclusief CPO’s) uitgezonderd van de aansluitplicht.⁹ Ook hoeft niet te worden aangesloten als sprake is van een ‘gelijkwaardig alternatief’,¹⁰ wat bijvoorbeeld WKO’s of individuele oplossingen als (lucht)warmtepompen kunnen zijn. Belangrijk punt hierbij is dat gemeenten de plicht tot aansluiting op een warmtenet *niet* bij overeenkomst (bijv. bij gronduitgifte) mogen opleggen. Hieraan staat art. 122 Woningwet in de weg. Dit artikel verbiedt gemeenten namelijk om contracten te sluiten over onderwerpen die in het Bouwbesluit 2012 zijn geregeld, zoals de aansluitplicht op warmtenetten.

Ten slotte nog het recht om warmtenetten in gemeentegrond of grond van derden te leggen en te hebben (‘ligrecht’). Om met grond van derden te beginnen; de gemeente kan exploitanten helpen door gebruik te maken van haar bevoegdheden op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht, waarbij art. 38 Warmtewet een handje helpt. De stap om erkenning van het openbaar belang van

een warmtenet erkend te krijgen, is daar namelijk 'in algemene zin' al genomen. Voor wat betreft een ligrecht in gemeentegrond geldt daarnaast dat de gemeente – in haar hoedanigheid van eigenaar – een ligrecht kan verstreken (bijv. bij opstalrecht). Daarnaast kan zij voorwaarden verbinden. De mogelijkheid om privaatrechtelijk voorwaarden op te leggen is echter niet onbeperkt. Zo denken wij dat terughoudendheid geboden is bij het opleggen van voorwaarden gericht op de door art. 39 Warmtewet 'beschermde onderwerpen' (zie hiervoor); gemeenten hebben bij het verlenen van een ligrecht immers een machtspositie ('tekenen bij het kruisje, anders geen ligrecht') en de wetgever heeft zich deze onderwerpen aangetrokken en gemeenteraden nadrukkelijk verboden daar (eenzijdig) regels over te stellen. Daarnaast stellen steeds meer gemeenten verordeningen (AVOI's) vast waarin ligrechten in gemeentegrond publiekrechtelijk worden geregeld, bijvoorbeeld met een vergunningstelsel. Als een gemeente een AVOI heeft die haar de bevoegdheid geeft om voorwaarden aan haar publiekrechtelijke toestemming te verbinden, zal zij goed moeten kijken in hoeverre deze voorwaarden privaatrechtelijk (bijv. bij opstalrecht) kunnen worden opgelegd. Meer algemeen zullen gemeenten goed moeten nadenken over de vraag of zijn hun ligrechten publiek- en/of privaatrechtelijk willen regelen en alles in dat kader goed op elkaar moeten afstemmen.

De participerende gemeente

Gemeenten kunnen er ook voor kiezen te participeren in de aanleg en/of exploitatie van een warmtenet. Dit kan zo ver gaan dat zij een warmtebedrijf opricht en zich (als aandeelhouder) actief met de bedrijfsvoering gaat bemoeien. Voordeel is dat een gemeente in haar hoedanigheid van aandeelhouder blijkbaar (wel) uitgebreid eisen/regels mag stellen die zien op de door art. 39 Warmtewet 'beschermde onderwerpen'.¹¹

In de praktijk zien wij echter dat gemeenten wat verder op afstand blijven en vooral enige controle op de – kwaliteit van – levering van warmte (een primaire levensbehoefte) aan 'haar burgers' willen houden. Ook

de wens om grip te houden op de partij waarmee aanvankelijk in zee wordt gegaan, zien wij terug. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een subsidie aan een exploitant, bijv. een B.V., wordt verleend voor de aanleg en/of exploitatie van een warmtenet. In dat geval zal de gemeente willen voorkomen dat zij na verstrekking van de subsidie ineens met verkoop van de B.V. (inclusief warmtenet dat met subsidie is aangelegd!) wordt geconfronteerd of ineens een andere aandeelhouder of bestuurder van de partij waarmee zij wilde samenwerken tegenover zich ziet verschijnen. Dit kunnen goede redenen zijn om niet alleen contractueel, maar ook statutair controle te willen houden. Dit kan op verschillende manieren. Zo kan de gemeente bij een stichting bijvoorbeeld statutaire goedkeuringen hebben. Bij een B.V. kan de gemeente – in plaats van 'normale' aandelen – ook aandelen met specifieke rechten (prioriteitsaandelen) krijgen. Denk daarbij aan goedkeuringen voor benoeming van bestuurders, fusie of ontbinding van de B.V., statutenwijziging of verkoop van de aandelen door de andere aandeelhouder(s).

Er bestaat een belangrijke reden om op deze punten niet met contractuele afspraken te volstaan. Stel namelijk dat de gemeente prioriteitsaandelen heeft die haar een goedkeuringrecht voor fusie geven. De notaris mag dan zonder instemming van de gemeente geen akte tot fusie passeren. Dit is een harde blokkade; zonder gemeentelijke instemming geen fusie. De notaris moet en zal om de vereiste instemming van de gemeente vragen. Bij een contractuele afspraak is dat niet zo. De notaris zal dan niet bekend zijn met het contract en de akte 'gewoon' passeren. De gemeente kan dan wel bij de contractspartij aankloppen voor schadevergoeding omdat de afspraak niet is nagekomen, maar daar heeft zij weinig aan. Ten eerste niet omdat het maar de vraag is wat voor schade de gemeente door een fusie zonder instemming heeft geleden (dit punt kan overigens nog met een boeteclausule worden ondervangen). Veel belangrijker is dat haar originele partner 'weg' is, in de fusie is 'verdwenen' en de gemeente dit niet ongedaan

kan (laten) maken. Met prioriteitsaandelen kan dit wel; daarmee heeft de gemeente voorafgaand controle.

Afsluiting

Juridisch zijn er veel mogelijkheden voor gemeenten om hun (registreurs)rol in de warmtetransitie vorm te geven. Hiervoor zijn we op de twee uitersten op het rollenspectrum ingegaan; faciliteren en participeren. Tussenvormen zullen, nu regionaal maatwerk geboden is, echter veelvuldig voorkomen. Welke rol de gemeente inneemt hangt af van het gekozen beleid. We raden gemeenten daarbij aan om met name na te gaan wat voor hen belangrijk is en waar zij en op welke manier controle op willen houden.

1. E.A. van de Kuilen, 'Corporaties als startmotor voor de verduurzaming: een reëel scenario?', *VGR* 2019, afl. 4, p. 88-89.
2. Wij houden hier de definitie van 'warmtenet' uit art. 1.1 Warmtewet aan.
3. Zie hierover uitgebreid P.H.L.M. Kuipers & M. de Wit., 'Transitie: waar overheid en markt elkaar de hand reiken. Aanbesteding, mededinging en staatssteun: de regels over het samenspel tussen overheid en onderneming', *TBR* 2019/157.
4. Zie hierover uitgebreid K. Meijering & J.A. Mohuddy, 'Gemeenten en de aanleg en exploitatie van warmtenetten – Een gids door het huidige warmte-doolhof', *TBR* 2019/ 154.
5. Zie art. 1.1 Warmtewet: 'Een persoon die warmte afneemt van een warmtenet en een aansluiting heeft van maximaal 100 kilowatt.' NB Bij levering van warmte aan niet-verbruikers geldt de Warmtewet – en dus ook art. 39 – niet, zie art. 1a Warmtewet.
6. *Kamerstukken II* 2003/04, 29048, nr. 4, p. 17 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29048, nr. 9, p. 14.
7. Dit ziet op het Besluit aanleg energie-infrastructuur.
8. Zie art. 6.10 lid 3 en art. 1.1 lid 1 Bouwbesluit 2012 voor de definitie van 'warmteplan'.
9. Art. 1.12a Bouwbesluit 2012.
10. Zie art. 1.3 lid 3 Bouwbesluit 2012. Van gelijkwaardigheid 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.
11. *Kamerstukken II* 2004/05, 29048, nr. 9, p. 14.