

De nieuwe Warmtewet

Marktordening op het grensvlak van het energie- en omgevingsrecht

– Mr. dr. M.A.M. Dieperink en mr. M. de Wit

1. Inleiding

Het Nederlandse klimaatbeleid is onder meer gericht op een verduurzaming van de gebouwde omgeving door middel van duurzame, collectieve warmtesystemen. In dit verband wordt ook wel gesproken van ‘warmtenetten’.² Warmtenetten, in combinatie met duurzame-warmtebronnen, voorzien gebouwen van warm (en koud) water ten behoeve van de ruimteverwarming en vormen daarmee een alternatief voor de verwarming op basis van aardgas. Om de beoogde toename van warmtenetten te kunnen realiseren, zal een nieuwe marktordening van de warmtesector worden ingevoerd. Daartoe is in juni 2020 een wetsvoorstel voor een nieuwe Warmtewet gepubliceerd (‘Wetsvoorstel’). Het Wetsvoorstel staat bekend als de Wet collectieve warmtevoorziening, korthedshalve ook aangehaald als de Warmtewet 2. In dit artikel wordt dit Wetsvoorstel besproken.³ Daarbij plaatsen wij de kanttkening dat over dit Wetsvoorstel nog de nodige discussie zal worden gevoerd, alleen al gelet op de grote hoeveelheid consultatiereacties die is ingediend.

Een belangrijk element van het Wetsvoorstel is, ten eerste, dat uitsluitend aangewezen warmtebedrijven warmtenetten mogen aanleggen en exploiteren, behoudens enkele uitzonderingen. Deze aange-

wezen warmtebedrijven krijgen dus een exclusief recht. Een tweede kernelement is dat het aangewezen warmtebedrijf integraal verantwoordelijk wordt voor de productie, het transport en de levering van warmte in een aaneengesloten gebied (het ‘Warmtekavel’) waarvoor het is aangewezen.⁴ Het aangewezen warmtebedrijf kan, ten derde, publiek, privaaf of publiek-privaaf zijn. Enkel deze drie kernelementen illustreren reeds dat de voorgestane marktordening van de warmtesector fundamenteel anders is dan die van de elektriciteits- en gassector. Zo is in de laatstgenoemde sectoren het transport van elektriciteit en gas exclusief voorbehouden aan publieke netbeheerders, die zich niet mogen bezighouden met de productie en levering van elektriciteit en gas. De drie kernelementen worden hierna in § 2 nader toegelicht.

Vervolgens wordt in § 3 ingegaan op de ontwikkelingsfase van een warmtenet en het besluitvormingsproces dat het Wetsvoorstel dienaangaande introduceert. Met de ontwikkelingsfase doelen wij op de fase voorafgaand aan de daadwerkelijke aanleg en exploitatie van een warmtenet. De besluitvorming (door de overheid) die gedurende deze ontwikkelingsfase dient plaats te vinden, zal in de toekomst worden gereguleerd door zowel de Warmtewet 2 als (het wetsvoorstel voor) de Omgevingswet (‘Ow’). Volgens de huidige wetgevingsagenda treden beide wetten op 1 januari 2022 in werking.⁵

In § 4 zoomen wij in op het moment in de ontwikkelingsfase waarop het warmtebedrijf wordt geselecteerd.

¹ Marjolein Dieperink en Maarten de Wit zijn advocaat bij AKD te Amsterdam. Marjolein Dieperink is daarnaast verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Dit artikel is afgesloten per 1 september 2020.

² Strikt genomen is een warmtenet slechts een onderdeel van een collectief warmtesysteem, namelijk de infrastructuur waarover het warmtetransport plaatsvindt. Een collectief warmtesysteem wordt namelijk volgens het Wetsvoorstel gedefinieerd als een ‘systeem waarbij een of meer warmtebronnen door middel van een warmtenet ontsloten worden voor de levering van warmte’. In dit artikel worden, korthedshalve, de termen ‘collectief warmtesysteem’ en ‘warmtenet’ gebruikt als elkaars synoniemen.

³ Zie <<https://www.internetconsultatie.nl/warmtewet2>>.

⁴ Vaak zal de afbakening van een warmtekavel op wijk- of buurt-niveau liggen. Het Wetsvoorstel houdt echter ook uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat – in bepaalde gevallen – een kavel een volledige gemeente of zelfs een aaneengesloten gebied binnen het grondgebied van meerdere gemeenten betreft. Het Wetsvoorstel regelt een rol voor de provincie om te borgen dat gemeenten bij het afbakenen van een kavel ook over de gemeentegrenzen heen kijken; zie hierna § 3.3.

⁵ Kamerstukken II 33 118, nr. 145, Kamerbrief d.d. 20 mei 2020, ‘Nieuwe datum inwerkingtreding Omgevingswet’.

teerd, en op de vraag of dit moment goed is gekozen. Tot slot plaatsen wij in § 5 het Wetsvoorstel in de context van een bredere juridische ontwikkeling, namelijk de steeds groter wordende overlap tussen het energie- en omgevingsrecht.

Reeds op deze plaats zij benadrukt dat de Warmtewet 2 meer regelt dan enkel de marktordening van de warmtesector. De Warmtewet 2 zal ook een transparante tariefregulering en de verduurzaming van de warmtebronnen borgen. Deze doelstellingen komen in dit artikel slechts zijdelings aan de orde. Evenmin wordt ingegaan op het overgangsrecht. Dienaangaande wordt volstaan met de opmerking dat het overgangsrecht bestaande systemen (zoals stadsverwarming en WKO-systemen) binnen het toepassingsbereik van de Warmtewet 2 brengt. Voor deze bestaande warmtenetten hoeft het in § 3 uitgewerkte besluitvormingsproces niet (opnieuw) te worden overgedaan. Deze bestaande netten worden van rechtswege - zij het voor bepaalde tijd - geacht over een aanwijzing in de zin van de Warmtewet 2 te beschikken.⁶

2. Kernelementen van het wetsvoorstel

2.1 Algemeen

In § 1 zijn drie kernelementen van het Wetsvoorstel benoemd, te weten het exclusieve recht van het aangewezen warmtebedrijf, de zogenoemde integrale ketenverantwoordelijkheid en de mogelijkheid dat private partijen worden aangewezen als integraal warmtebedrijf, en dus ook als beheerder van de warmte-infrastructuur. Deze drie kernelementen worden in deze paragraaf nader besproken. Alvorens daarop in te gaan, worden hieronder eerst de verschillende type warmtebedrijven besproken die het Wetsvoorstel onderscheidt.

2.2 Warmtekavelbedrijf en uitgezonderde warmtebedrijven

Uitgangspunt van het Wetsvoorstel is dat het zonder aanwijzing van Burgemeester en Wethouders niet is toegestaan om warmte te transporteren en leveren. Het aangewezen warmtebedrijf (hierna ook: 'Warmtekavelbedrijf') heeft verder een exclusief recht daarop: in het warmtekavel mogen anderen niet warmte transporteren en leveren. Het Wetsvoorstel kent vier uitzonderingen op deze exclusiviteit, die in deze paragraaf worden genoemd.

Een eerste uitzondering geldt voor warmtebedrijven die verantwoordelijk zijn voor mini-systemen, dat wil zeggen warmtesystemen met maximaal tien kleinverbruikersaansluitingen. Kleinverbruikersaansluitingen hebben, samen-gevat, een maximale capaciteit van 100 kilowatt. Reguliere huishoudens beschikken doorgaans over een kleinverbruikersaansluiting. Warmtebedrijven die verantwoordelijk zijn voor deze mini-systemen vallen niet binnen het toepassingsbereik van de Warmtewet 2. Een tweede uitzondering geldt voor warmtebedrijven die warmtenetten met (meer dan tien aansluitingen en) maximaal vijfhonderd kleinverbruikersaansluitingen exploiteren. Dit worden 'kleine collectieve warmtesystemen' genoemd. Hoewel uitgangspunt van het Wetsvoorstel is dat deze systemen slechts mogen worden geëxploiteerd door een aangewezen warmtebedrijf, kunnen Burgemeester en Wethouders hierop een uitzondering maken middels de verlening van een ontheffing. Ten derde voorziet het Wetsvoorstel in een afwijkend regime voor verenigingen van eigenaren ('VvE's') en verhuurders die aan hun leden, respectievelijk hun huurders warmte leveren. Deze VvE's en verhuurders kunnen eveneens een ontheffing verkrijgen. De achterliggende gedachte daarbij is dat huurders in een contractuele huurverhouding tot hun warmteleverancier staan en daarin worden beschermd door het huurrecht. Leden van een VvE zijn, als houders van een appartementsrecht, stemgerechtigd in een VvE en worden beschermd door de organisatiestructuur van die VvE. Anders dan de eerdergenoemde ontheffing, is deze ontheffing niet gemaximeerd tot een bepaald aantal (kleinverbruikers)aansluitingen.⁷ Ten vierde en tot slot kent het Wetsvoorstel een afzonderlijk regime voor zogeheten 'regionale warmtetransportnetten'. Voor deze transportnetten, die (verschillende) warmtebronnen regionaal verbinden met lokale warmtenetten op gemeenteniveau, wordt - anders dan de warmtenetten op kavelniveau - wel een afzonderlijke netbeheerder aangewezen. Overigens faciliteert

⁷ Een ander verschil tussen de twee ontheffingen is dat het Wetsvoorstel minder weigeringsgronden kent voor een ontheffing die wordt aangevraagd door een VvE of verhuurder, dan voor een ontheffing voor een zgn. klein collectief warmtesysteem; vergelijk art. 4.2 lid 2 Wetsvoorstel met art. 3.1 lid 2 Wetsvoorstel. Wij vragen ons overigens af of de ontheffingsbevoegdheid voor, vooral, VvE's niet te zeer de kavelsystematiek kan ondermijnen. Zo zijn veel in de huidige praktijk ontwikkelde collectieve warmtevoorzieningen gebouwgebonden (WKO-)systemen in nieuwbouwcomplexen met een VvE. Indien voor zo'n systeem een ontheffing wordt verleend - of vanwege het beperkte toetsingskader en de volgens art. 4.2 lid 1 Wetsvoorstel op Burgemeester en Wethouders rustende bewijslast (voor weigering moet sprake zijn van 'significant negatieve effecten') niet kan worden geweigerd - zou dat kunnen impliceren dat de huidige praktijk (op onderdelen) onder de Warmtewet 2 kan worden gecontinueerd, hetgeen het Wetsvoorstel juist beoogt te wijzigen (zie § 2.3 hierna). Vanuit de gedachte dat het Wetsvoorstel beoogt de doelmatige exploitatie van een Warmtekavel te borgen, had het wellicht voor de hand gelegen om de uitzonderingen voor verhuurders en VvE's nader te reguleren en bijvoorbeeld te beperken tot de warmtebedrijven die krachtens het overgangsrecht worden aangewezen. Het voert te ver om dit binnen het bestek van dit artikel verder uit te werken.

⁶ Voor een beschrijving van de huidige marktordening in de warmtesector, en dus het vertrekpunt van de wetgever bij de invoering van de Warmtewet 2 wordt verwezen naar het hoofdstuk 'Duurzame warmtevoorziening en warmtenetten' in de IBR-publicatie 'Praktijkboek duurzaam bouwen'. In die publicatie wordt ook uitgebreid ingegaan op het achterliggende beleidsmatige kader van het Wetsvoorstel en wordt een overzicht gegeven van de maatregelen aangaande de gebouwde omgeving die verder daaruit voortvloeien.

het Wetsvoorstel dat bepaalde afnemers een aansluiting kunnen krijgen op een warmtetransportnet. De warmtetransportnetbeheerder mag echter niet op die aansluiting warmte leveren.

2.3 Exclusief recht tot aanleg, beheer en exploitatie

Uit art. 2.2 van het Wetsvoorstel volgt dat - behoudens de hierboven besproken uitzonderingsgevallen - uitsluitend een Warmtekavelbedrijf in het Warmtekavel warmte mag transporteren en leveren. Uitgangspunt is verder dat per warmtekavel één warmtebedrijf wordt aangewezen. Tegenover dit exclusieve recht voor het transport en levering van warmte staat de wettelijke taak voor het Warmtekavelbedrijf om binnen het Warmtekavel een warmtenet aan te leggen, te beheren en te onderhouden. Deze taak treedt effectief in werking zodra het omgevingsplan, waarin de warmtelevering in (een deel van) het kavel is opgenomen, door de gemeenteraad is vastgesteld; zie hierna § 3.8.

Het wettelijke verbod om zonder aanwijzing als Warmtekavelbedrijf warmte te transporteren en te leveren is een belangrijke wijziging ten opzichte van de huidige praktijk. Onder huidige recht geldt een dergelijk verbod niet. Een gevolg hiervan is dat momenteel vooral lucratieve warmtenetten worden ontwikkeld, bijvoorbeeld in combinatie met nieuwbouw waarvoor sinds 1 juli 2018 het gasverbod geldt. Dit wordt ook wel aangeduid als cherry-picking. Op moeilijke locaties, bijvoorbeeld ingeval van bestaande bouw in oudere wijken, worden daardoor relatief weinig (duurzame) warmteprojecten gerealiseerd. Met de kavelsystematiek wordt beoogd dat locaties met een - op zichzelf - gunstige businesscase voor een warmtenet, in combinatie met minder lucratieve locaties worden ontwikkeld. Het Wetsvoorstel gaat daarbij uit van een gemeentelijke regierol, in lijn met het nationale Klimaatakkoord.⁸ Het exclusieve transport- en leveringsrecht moet tegen deze achtergrond worden begrepen.

Het exclusieve recht van het Warmtekavelbedrijf ziet niet op de productie van warmte in het warmtekavel. De marktordening ten aanzien van warmtebronnen valt buiten de Warmtewet 2 en wordt door de aanpalende sectorale wetgeving gereguleerd. Zo wordt de marktordening wat betreft aardwarmtebronnen, ook wel aangeduid als geothermie, geregeld door de Mijnbouwwet⁹ en de (markt)ordening terzake van aquathermie door de Waterwet. Op zich is het mogelijk dat het Warmtekavelbedrijf ook (direct of indirect) warmteproducent en vergunninghouder is van de warmtebron, dit is echter geen gegeven. Indien een Warmteka-

velbedrijf tevens de vergunningen voor de warmtebron(nen) wil houden, gelden daarvoor afzonderlijke verdelingsprocedures.

2.4 Integrale ketenverantwoordelijkheid

Volgens het Wetsvoorstel is het Warmtekavelbedrijf integraal verantwoordelijk voor de realisatie en exploitatie van het warmtenet. Die verantwoordelijkheid omvat het systeemontwerp, de bronnenstrategie, de leveringszekerheid, de verduurzaming en het investeringsrisico.¹⁰ Op deze wijze ontstaat (voor bewoners en de gemeente) één juridisch aanspreekpunt voor de gehele warmteketen. Het Warmtekavelbedrijf kan onderdelen van de keten doorleggen aan derden, maar blijft zelf verantwoordelijk voor een deugdelijke uitvoering van de hem opgedragen (wettelijke) taken.

Het Wetsvoorstel voorziet in een aantal mechanismen en peilmomenten om te beoordelen of het Warmtekavelbedrijf deze verantwoordelijkheid kan dragen. Zo vindt tijdens de ontwikkelfase een beoordeling plaats op basis van een globaal kavelplan, een uitgewerkt kavelplan en (een) investeringsplan(nen); zie ook § 3 hierna. Verder stelt het Wetsvoorstel dat een Warmtekavelbedrijf (gedurende de exploitatiefase) jaarlijks een leveringszekerheidsrapportage moet indienen. Gelet op de nadruk in dit artikel op de besluitvorming in de ontwikkelfase bespreken we die rapportageverplichting verder niet.

De integrale ketenverantwoordelijkheid is vertaald in een aantal verplichtingen van het Warmtekavelbedrijf. De belangrijkste verplichting is de plicht om alle verbruikers binnen het Warmtekavel aan te sluiten, tenzij de verbruiker te kennen geeft dat hij dat niet wil. Verder werkt het Wetsvoorstel verplichtingen uit ten aanzien van financiële soliditeit, leveringszekerheid en verduurzaming.

Als aangegeven in § 2.3 omvat de aanwijzing als Warmtekavelbedrijf niet een exclusief recht op de aanleg, het beheer en de exploitatie van de noodzakelijke warmtebron(nen). Het Warmtekavelbedrijf kan genoodzaakt zijn om de warmte extern in te kopen. Gelet op zijn ketenverantwoordelijkheid dient het Warmtekavelbedrijf daarbij, onder meer, de duurzaamheid en beschikbaarheid van de ingekochte warmte contractueel te borgen. De ontwerp-toelichting op het Wetsvoorstel stelt daaromtrent dat het Warmtekavelbedrijf selectief moet zijn en dat het goede en gedetailleerde afspraken moet maken over de technische en economische af-

¹⁰ P. 8 van de ontwerp toelichting op het Wetsvoorstel, raadpleegbaar via <<https://www.internetconsultatie.nl/warmtewet2>>. De integrale ketenverantwoordelijkheid ligt, onzes inziens, in het verlengde van het niet voorschrijven van een verplichte splitsing van de warmteketen (in productie en levering enerzijds en transport en beheer anderzijds), zie de Kamerbrief d.d. 13 februari 2019, Kamerstukken II 30 196, nr. 616.

⁸ Kamerstukken II 32 813, nr. 342.

⁹ Zie ook M.A.M. Dieperink en V.V. Jacobs, De toekomst van geothermie in Nederland, in: TBR 2019/153.

stemming met distributie en levering.¹¹ Het Warmtekavelbedrijf moet over deze afspraken in zijn investeringsplannen verantwoording afleggen. In algemene zin geldt hierbij dat indien het Warmtekavelbedrijf niet zelf de warmteproducent is, sprake zal moeten zijn van een contractueel geborgde afhankelijksrelatie. Die contractuele relatie hoeft niet al ten tijde van de aanwijzing te bestaan, met dien verstande dat - indien er meerdere gegadigden zijn voor een Warmtekavel - een warmtebedrijf een grotere kans heeft om te worden aangewezen naarmate de leveringszekerheid meer is geborgd.

Tot slot zij gewezen op de regulering van de eigendom van het warmtenet in het Warmtekavel. Het Wetsvoorstel regelt hierover dat het Warmtekavelbedrijf het economisch eigendom van het warmtenet moet hebben. In de ontwerp-toelichting wordt hieromtrent overwogen dat het economisch eigendom wordt gezien als een noodzakelijke voorwaarde om, met het oog op een betaalbare, betrouwbare en duurzame warmtevoorziening, voldoende stevig invulling te kunnen geven aan de integrale ketenverantwoordelijkheid. Concreet behelst het beschikken over de economische eigendom dat het Warmtekavelbedrijf moet beschikken over alle rechten en bevoegdheden ten aanzien van het warmtenet. Verder moet het Warmtekavelbedrijf alle verplichtingen ten aanzien van de warmte-infrastructuur voor zijn rekening nemen en daarmee het volledige risico van waardeverandering of het tenietgaan daarvan dragen. Het warmtebedrijf hoeft dus geen juridisch eigenaar te zijn en het Wetsvoorstel voorziet er ook niet in dat het warmtebedrijf juridisch eigenaar is. In huidige warmteconcessies is dat overigens vaak wel geregeld, bijvoorbeeld door de vestiging van een opstalrecht.

De voorgestelde regulering van de eigendom past onzes inziens inderdaad bij de integrale ketenverantwoordelijkheid, met dien verstande dat een Warmtekavelbedrijf daaraan mogelijk nog beter invulling kan geven indien het (ook) de juridische eigendom op het warmtenet heeft. Dat zou namelijk de financierbaarheid van het warmtenet kunnen bespoedigen. Verder zij vermeld dat de wetgever in het kader van de internetconsultatie heeft aangegeven nader onderzoek te verrichten naar de economische eigendom. In het bijzonder is daarbij de vraag voorgelegd onder welke voorwaarden de integrale verantwoordelijkheid voor de warmtelevering kan worden ingevuld, indien de warmte-infrastructuur niet in eigendom is van het Warmtekavelbedrijf. Indien de (economisch) eigendom bij een derde zou rusten, zou dit concreet kunnen betekenen dat een Warmtekavelbedrijf slechts een contractuele aanspraak heeft op (de beschikbaarheid en de geschiktheid van) de warmte-infrastructuur. Naar onze mening zou dit kostenverhogend kun-

nen werken en een belemmering kunnen opwerpen voor het dragen van de integrale ketenverantwoordelijkheid, maar staat het niet op voorhand aan het kunnen dragen van die ketenverantwoordelijkheid in de weg.

2.5 Publiek, private en publiek-private warmtebedrijven

Het Wetsvoorstel neemt tot uitgangspunt dat het Warmtekavelbedrijf rechtspersoonlijkheid moet hebben.¹² Daarbij wordt niet voorgeschreven wie een (direct of indirect) belang kan hebben in die rechtspersoon. Het Warmtekavelbedrijf kan aldus een publiek, privaats of een gemengd publiek-privaats karakter hebben. Oftewel, private partijen kunnen een belang hebben in en zeggenschap hebben over de warmte-infrastructuur. Dit is een wezenlijk verschil tussen de voorgenomen marktordering van de warmtesector met die van de elektriciteits- en gassector. Uitgangspunt in die sectoren is namelijk dat er een verplichte scheiding bestaat tussen de productie en levering enerzijds, en het transport over en beheer van de infrastructuur door de netbeheerders anderzijds. Wat betreft die netbeheerders is vervolgens dwingend voorgeschreven dat de aandelen daarin direct of indirect in handen moeten zijn van overheden; vgl. art. 93 lid 3 Elektriciteitswet 1998 ('E-wet') en art. 85 lid 3 Gaswet.

Overigens bestaat hieromtrent de nodige discussie, in het bijzonder of zogenoemde netwerkbedrijven een belang zouden kunnen hebben in een Warmtekavelbedrijf. Netwerkbedrijven zijn vennootschappen die in dezelfde groep zitten als de publieke elektriciteits- en gasnetbeheerders en zijn (mede) in publieke handen. Netwerkbedrijven mogen zich momenteel alleen bezighouden met de aanleg en het transport van warmte en (op beperkte schaal) het aanleggen en beheren (maar niet het exploiteren) van warmteproductie.¹³ Het Wetsvoorstel breidt de toegelaten werkzaamheden van netwerkbedrijven niet uit. In combinatie met de integrale ketenverantwoordelijkheid leidt dit ertoe dat de rol van de (huidige) netwerkbedrijven in de warmtesector - uitgaande van de huidige E-wet en Gaswet en het voorliggende Wetsvoorstel - gering zal blijven. Immers, de ketenverantwoordelijkheid brengt met zich dat het Warmtekavelbedrijf een (indirect) belang krijgt in, tenminste, de levering van

¹² Volgens de definitie van warmtebedrijf zou een natuurlijk persoon ook Warmtekavelbedrijf kunnen zijn. Wij gaan echter ervan uit dat dit een dode letter zal zijn, onder meer vanwege de financiële eisen die zullen worden gesteld.

¹³ Vgl. art. 17 lid 2 onder e E-wet en art. 10d lid 2 onder e Gaswet en de voorlopige uitleg van de ACM in de concept-leidraad 'netwerkbedrijven en alternatieve energiedragers', concept d.d. 24 maart 2020. Vindplaats: <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-consulteert-leidraad-netwerkbedrijven-en-alternatieve-energiedragers>>. Naar verwachting wordt in het najaar van 2020 een definitieve leidraad gepubliceerd.

¹¹ P. 42 van de ontwerp-toelichting.

warmte, en dat is momenteel niet aan netwerkbedrijven toegestaan.¹⁴

De ACM stelt over een uitbreiding van de werkzaamheden van netwerkbedrijven naar de warmtesector dat zij alleen onder voorwaarden de productie, distributie én levering van warmte zouden kunnen verzorgen. Een voorwaarde daarbij is dat de onafhankelijke positie van de netbeheerder binnen de groep wordt gewaarborgd. Verder moeten de financiële risico's voor het netbeheer worden beperkt en mag de netbeheerder niet het (in de warmtesector actieve) netwerkbedrijf bevoordelen.

3. Besluitvormingsproces in de ontwikkelfase van een warmtenet

3.1 Vaststelling Transitievisie Warmte door B&W (of de raad)

Volgens de toelichting op het Wetsvoorstel is de eerste stap in de ontwikkelfase van een warmtenet het vaststellen van een gemeentelijke Transitievisie Warmte. In de Transitievisie Warmte dient een gemeente per wijk een tijdpad vast te leggen voor het uitfaseren van aardgas. Daarbij zal worden aangegeven hoeveel woningen en andere gebouwen worden geïsoleerd en/of aardgasvrij worden gemaakt. In het laatste geval dienen de alternatieven voor aardgas in beeld te worden gebracht.¹⁵ In de Transitievisies Warmte die de komende jaren worden vastgesteld, ligt de focus op de periode tot en met 2030. Volgens het Klimaatakkoord zouden tot 2030 minimaal 1,5 miljoen woningen en andere gebouwen moeten worden verduurzaamd. Gemeenten dienen hun Transitievisies iedere vijf jaar te heroverwegen en bij te stellen aan de alsdan geldende inzichten.

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet ('Ow') zal de Transitievisie kunnen worden vormgegeven als een programma of een omgevingsvisie, als bedoeld in art. 3.4, respectievelijk art. 3.1 van de Ow. De laatste inzichten neigen naar een vormgeving van de Transitievisie Warmte als een

programma.¹⁶ De reden daarvoor is dat in een programma sectorale beleidsmaatregelen worden vastgesteld, terwijl een omgevingsvisie een meer integraal karakter heeft. Dat impliceert dat Burgemeester en Wethouders de Transitievisie Warmte zullen vaststellen.¹⁷ Reeds op deze plaats zij benadrukt dat dit bestuursorgaan volgens het Wetsvoorstel ook bevoegd is terzake van belangrijke vervolgbesluitvorming in de ontwikkelfase, namelijk de vaststelling van het Warmtekavel en de aanwijzing van het Warmtekavelbedrijf.

Wij kunnen ons overigens voorstellen dat de Transitievisie Warmte (ook) wordt vastgesteld door de gemeenteraad.¹⁸ Onze indruk is dat de meeste Transitievisies Warmte die momenteel, in aanloop naar de Ow, worden vastgesteld, een raadsbesluit zijn. In lijn daarmee zou een Transitievisie Warmte, na inwerkingtreding van de Ow, kunnen worden vormgegeven als een door de raad vast te stellen omgevingsvisie, bijvoorbeeld als een thematische omgevingsvisie voor warmte. De rationale daarvan zou zijn dat de raad ook het bevoegd gezag is terzake van het omgevingsplan waarin het Warmtekavel nader wordt geconcretiseerd. De vaststelling van een omgevingsplan is een essentiële stap in de ontwikkelfase van een warmtenet. Zo zal met de vaststelling van het omgevingsplan de aanleg- en exploitatieverplichting van het Warmtekavelbedrijf in het desbetreffende kavel daadwerkelijk effectief worden; zie art. 2.8 onder a van het Wetsvoorstel. Tegen deze achtergrond lijkt het verstandig om de raad al in een vroeg stadium van de ontwikkelfase te betrekken en laten (mee)besluiten over de Transitievisie Warmte in de gemeente.

Met de kwalificatie van de Transitievisie Warmte als een programma (of een omgevingsvisie) in de zin van de Ow, is tevens gegeven dat de vaststelling daarvan vooraf dient te worden gegaan door een participatietraject, althans dient daarover verantwoording te worden afgelegd; zie art. 10.7, respectievelijk 10.8 van het ontwerp-Omgevingsbesluit.¹⁹ Volgens die artikelen moet bij de vaststelling van zowel een omgevingsvisie als een programma worden gemotiveerd in hoeverre burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursor-

¹⁴ Vgl. het ACM-advies over de rol van netbeheerders en netwerkbedrijven bij warmte d.d. 20 maart 2020 (vindplaats: <<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-03/advies-rol-netwerkbedrijven-in-de-warmtemarkt.pdf>>) en het ACM-advies met een eerste schets maatregelen rol netwerkbedrijven warmte d.d. 12 juni 2020 (vindplaats: <<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/advies-acm-voorwaarden-netwerkbedrijven-warmtemarkt.pdf>>).

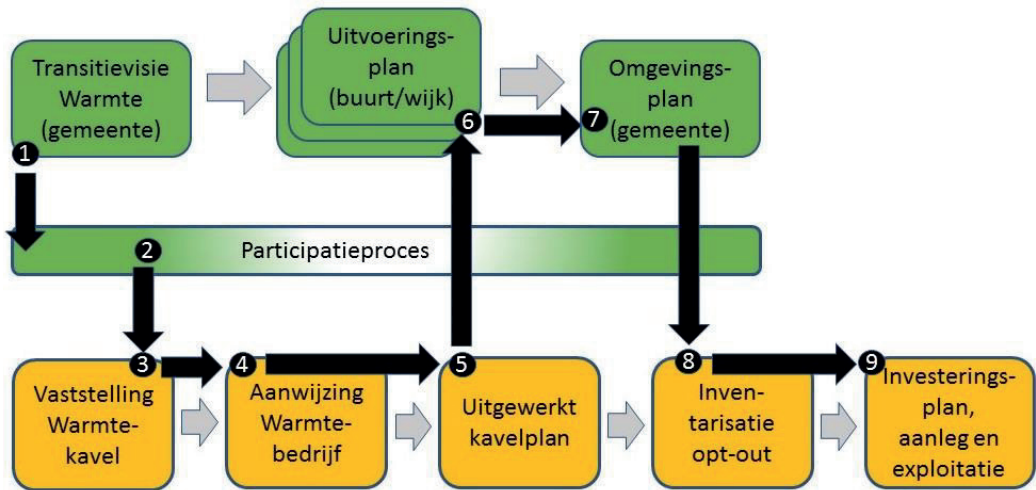
¹⁵ Zie ook de Eindrapportage Kennis- en leertraject energietransitie & Omgevingswet 'Energietransitie versnellen met de Omgevingswet' d.d. 8 april 2020 ('Eindrapportage'); <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/04/08/energietransitie-versnellen-met-de-omgevingswet>>.

¹⁶ Kamerbrief van de minister van BZK inzake de kabinetsaanpak Klimaatbeleid d.d. 17 december 2019; *Kamerstukken II* 32 813, nr. 437, en ook *Kamerstukken II* 32 847 nr. 641 (p. 27) en *Kamerstukken II* 33 118, nr. 144 (p. 32). Eind 2020 zal meer bekend worden over de wijze waarop de Transitievisie Warmte juridisch verankerd gaat worden in de Ow (*Kamerstukken II*, 32 813, nr. 483, Bijlage 1 'Overzicht projecten en besluiten energiesysteem').

¹⁷ Vgl. art. 3.4 Omgevingswet.

¹⁸ Zo volgt uit de hiervoor genoemde Eindrapportage dat gemeenten de Transitievisie Warmte willen vervatten in zowel een omgevingsvisie als in een programma.

¹⁹ De geraadpleegde versie betreft de consolideerde tekst van het ontwerp-Omgevingsbesluit uit mei 2020, gepubliceerd op <www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl>.



Afbeelding overgenomen uit de Toelichting Wet collectieve warmtevoorziening internetconsultatie (Versie 2), p. 11

ganen bij de voorbereiding zijn betrokken en wat de resultaten daarvan zijn.

Uit de ontwerp-toelichting op het Wetsvoorstel volgt dat het participatietraject als een rode draad door het besluitvormingsproces van een warmteproject loopt; zie de daarin opgenomen bovenstaande afbeelding.

Het grote belang van een gedegen participatietraject gedurende de ontwikkelfase van een warmtenet is dat een investeringsbesluit voor een warmtenet alleen verantwoord kan worden genomen, indien voldoende woningen en andere gebouwen worden aangesloten op dat net. Alleen dan kan de (voor)investering in de aanleg van het warmtenet uit de beheer- en exploitatie-inkomsten worden terugverdiend. Voor een overstap van gas naar warmtelevering door middel van een warmtenet dienen gebouw eigenaren in de gebouwde omgeving op de keper beschouwd twee besluiten te nemen: het laten afsluiten van de gasafsluiting en het laten aansluiten op een warmtenet.²⁰ Hoewel de Ow (in combinatie met de Energiewet)²¹ waarschijnlijk zal voorzien in een dwingend instrumentarium om gasaansluitingen te beëindigen en daarmee een aansluiting op een warmtenet aan te moedigen, is (tot op zekere hoogte) uitgangspunt dat gebouw eigenaren op basis van vrijwilligheid

overstappen naar een warmtenet. Om deze gebouw eigenaren zoveel mogelijk daarvoor aan te moedigen, is het zaak om hen, vanaf het eerste begin, door middel van een gedegen participatieproject mee te nemen in alle stappen van het besluitvormingsproces. Wat betreft het participatietraject volstaan we binnen het bestek van dit artikel met deze alinea, met daarbij de uitdrukkelijke vermelding dat participatie gedurende de hele ontwikkelfase van belang is. De Ow bevat dienaangaande verplichtingen die niet alleen voor de vaststelling van de Transitievisie Warmte relevant zijn, maar ook voor de vaststelling van het wijkuitvoeringsplan (hierna § 3.7) en het omgevingsplan (hierna § 3.8).

3.2 Vaststelling Warmtekavel door B&W

Het Wetsvoorstel gaat ervan uit dat, na de vaststelling van een Transitievisie Warmte, Burgemeester en Wethouders het Warmtekavel vaststellen. De Transitievisie Warmte is overigens binnen het Wetsvoorstel geen noodzakelijke voorstap; Burgemeester en Wethouders zijn niet slechts bevoegd tot vaststelling van het Warmtekavel indien een Warmtetransitie Visie voorhanden is. Tegelijkertijd is de informatie uit de Transitievisie Warmte, en de informatie die in aanloop daarna toe is verkregen, cruciaal voor een haalbaar Warmtekavel.

Bij de vaststelling van het Warmtekavel dienen Burgemeester en Wethouders te borgen dat binnen het kavel op een doelmatige wijze een warmtesysteem kan worden geëxploiteerd, waarvan de leveringszekerheid is verzekerd. Dit betekent dat gemeenten rekening moeten houden met de beschikbaarheid van warmtebronnen en dat het kavel voldoende afzetmogelijkheden moet hebben voor het Warmtekavelbedrijf om zijn investering terug te kunnen verdienen. Uiteindelijk draagt echter het

²⁰ Het afsluiten van de gasafsluiting impliceert niet automatisch een aansluiting op een warmtenet. Een gebouw eigenaar zou bijvoorbeeld ook kunnen kiezen voor een all-electric warmtevoorziening, zie ook de publicatie genoemd in voetnoot 5.

²¹ Volgens de huidige planning is de inwerkingtreding van de Energiewet voorzien per 1 januari 2022. In het Klimaatakkoord staat omtrent het reguleren van afsluitingen van het gasnet dat in de Energiewet het vervallen van de gasaansluitplicht wordt opgenomen, alsmede de mogelijkheid en instrumenten van de netbeheerder om de gasafsluiting uit te voeren.

Warmtekavelbedrijf, uit hoofde van zijn integrale ketenverantwoordelijkheid, de risico's aangaande de beschikbaarheid van voldoende (duurzame) warmte en voldoende aansluitingen op het warmtenet.

Burgemeester en Wethouders dienen de vaststelling van het Warmtekavel af te stemmen met omliggende gemeenten. De ratio achter de afstemmingsverplichting is dat daarmee schaalvoordelen kunnen worden behaald: doordat naburige gemeenten elkaars voornemens coördineren, kunnen warmtebronnen en kavels op een bovengemeentelijk niveau op elkaar worden afgestemd, hetgeen kan leiden tot meer efficiëntie. Het Wetsvoorstel regelt niet hoe aan deze verplichting invulling moet worden gegeven. Mogelijk moet in dit verband een parallel worden getrokken met de algemene afstemmingsverplichting uit artikel 2.2 Ow. Dat artikel regelt dat een bestuursorgaan bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden rekening houdt met de taken bevoegdheden van andere bestuursorganen en zo nodig afstemming zoekt. Deze verplichting zal echter beperkt zijn tot de taken en bevoegdheden voortvloeiend uit de Ow.

De bepaling van de omvang van het kavel lijkt goeddeels te worden overgelaten aan de eigen inzichten van Burgemeester en Wethouders. In het veld bestaan hieromtrent verschillende opvattingen. Zo neigen sommige gemeenten ernaar om hun hele grondgebied aan te wijzen als één Warmtekavel, terwijl andere gemeenten overwegen om eerst de gebieden als kavel aan te wijzen ten aanzien waarvan enige kans bestaat dat daar op de middellange termijn tot 2030 een warmtenet wordt gerealiseerd. Het Wetsvoorstel biedt wat betreft de omvang van het kavel slechts in beperkte mate aanknopingspunten. Zo stelt het Wetsvoorstel dat de omvang van het kavel zodanig moet worden bepaald dat 'de wijziging van het warmtekavel na vaststelling daarvan op de lange termijn zoveel mogelijk wordt vermeden'. Op het eerste gezicht kan het gelet op deze instructie beter zijn om een zo groot mogelijk gebied, en mogelijk zelfs het hele grondgebied van een gemeente, aan te wijzen. Tegelijkertijd moet worden bedacht dat een Warmtekavelbedrijf voor maximaal dertig jaar kan worden aangewezen. Naarmate het minder waarschijnlijk is dat in een gebied daadwerkelijk op de korte of middellange termijn een net kan worden gerealiseerd, lijkt het ons minder wenselijk om groot gebied aan te wijzen. Immers, hoe korter de resterende looptijd van de aanwijzing, des te moeilijker het wordt om gedurende die looptijd de initiële investering voor de aanleg van het net terug te verdienen. Dit zou op zich kunnen worden opgelost door het vastleggen van een overnamesom indien een warmtenet na de ommekomst van de initiële aanwijzingsduur wordt overgedragen, maar daarin voorziet het Wetsvoorstel niet. De instructie dat de omvang van het kavel zodanig moet worden

bepaald dat een wijziging op de lange termijn zo mogelijk wordt vermeden, laat overigens onverlet dat Burgemeester en Wethouders bevoegd zijn om nadien - en ook na de aanwijzing als Warmtekavelbedrijf - de omvang van het kavel aan te passen. In § 4 komen we hierop nog terug.

Tegen de vaststelling van het Warmtekavel staat geen bezwaar en beroep open. Het vaststellingsbesluit wordt daartoe geplaatst op de negatieve lijst van bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht. Omdat tegen de vaststelling van de Transitievisie Warmte evenmin rechtsbescherming openstaat, betekent dit effectief dat eerst tegen het besluit tot aanwijzing van het Warmtekavelbedrijf bezwaar kan worden gemaakt en beroep kan worden ingesteld.

3.3 Opracht tot wijzigen omvang door GS

In § 3.2 is reeds aan de orde gesteld dat het Wetsvoorstel slechts in beperkte mate handvatten biedt omtrent de omvang van het Warmtekavel en dat Burgemeester en Wethouders dienaangaande een grote vrijheid hebben. Hierop past een nuancering. Gedeputeerde Staten zijn namelijk bevoegd om, na de vaststelling van het kavel, een dwingende instructie te geven om de omvang aan te passen, ingeval Burgemeester en Wethouders naar het oordeel van Gedeputeerde Staten een verkeerde afweging daaromtrent heeft gemaakt. Volgens de ontwerp-toelichting voorziet het Wetsvoorstel in deze provinciale bevoegdheid om te borgen dat in voldoende mate buiten de gemeentegrenzen wordt gekeken en rekening wordt gehouden met de daar spelende belangen. Deze beperking tot de bovengemeentelijke belangen volgt echter niet direct uit het Wetsvoorstel zelf. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat Gedeputeerde Staten ook bevoegd zijn om de bedoelde instructie te geven indien Burgemeester en Wethouders naar hun beoordeling de belangen binnen de gemeentegrenzen verkeerd hebben beoordeeld en afgewogen.

3.4 Aanwijzing Warmtekavelbedrijf door B&W

Na de vaststelling van het Warmtekavel kunnen Burgemeester en Wethouders daarvoor een Warmtekavelbedrijf aanwijzen. Dat bedrijf krijgt binnen het kavel het exclusieve recht om warmte te transporteren en te leveren, behoudende de in § 2.2 genoemde uitzonderingen. Hierna staan we vooral stil bij de aanwijzingsprocedure en rechtsgevolgen die uit de aanwijzing voortvloeien.

Het Wetsvoorstel schrijft een transparante, non-discriminatoire, en goed onderbouwde aanwijzingsprocedure voor. Op de keper beschouwd komt dat erop neer dat Burgemeester en Wethouders eerst bekend dienen te maken dat zij een Warmtekavelbedrijf wensen aan te wijzen. Vervolgens kunnen warmtebedrijven hun interesse kenbaar maken door het indienen van een aan-

vraag. Deze aanvraag moet voldoen aan een aantal vereisten. Er moet een verklaring van de ACM worden bijgevoegd waaruit blijkt dat het warmtebedrijf organisatorisch en technisch bekwaam wordt geacht om een warmtenet te kunnen aanleggen en over voldoende financiële draagkracht beschikt. Ook moet een 'globaal kavelplan' worden meegeestuurd, waarin uiteen wordt gezet hoe het warmtebedrijf het warmtenet verwacht aan te leggen, te exploiteren en te verduurzamen. Verder moet in het globale kavelplan een eerste indicatie bevatten van de tarieven van de te leveren goederen en diensten in verband met de levering van warmte. De ACM-verklaring en het globale kavelplan dienen te borgen dat, op grondslag van de aanvraag, een goede inschatting kan worden gemaakt of het warmtebedrijf de integrale ketenverantwoordelijkheid kan dragen.

Burgemeester en Wethouders toetsen de aanvraag(en) en wijzen deze af indien het warmtebedrijf het kavelplan, technisch, organisatorisch of financieel niet kan uitvoeren. Indien meerdere aanvragen worden ontvangen, vindt selectie plaats middels een zogeheten vergelijkende toets. In het Wetsvoorstel is bepaald dat een aanvraag hoger wordt gerangschikt naarmate deze beter scoort op de criteria duurzaamheid, kostenefficiëntie, leveringszekerheid, participatie door de toekomstige verbruikers, en de technische, financiële en organisatorische uitvoerbaarheid van het kavelplan; zie art. 2.3 lid 6 Wetsvoorstel. Gemeenten kunnen, binnen een bepaalde bandbreedte, een weging toekennen aan de genoemde rangschikkingscriteria, waarmee invulling kan worden gegeven aan lokale omstandigheden en voorkeuren. De indiener van de hoogst gerangschikte aanvraag wordt vervolgens door Burgemeester en Wethouders aangewezen als Warmtekavelbedrijf voor een periode van minimaal twintig en maximaal dertig jaar. Daarbij kunnen Burgemeester en Wethouders aan het aanwijzingsbesluit voorschriften verbinden.

Het aspect prijs lijkt geen rol van betekenis te spelen in de rangschikking van de ingediende aanvragen. Dit hangt, blijkens de ontwerp-toelichting, samen met de omstandigheid dat de prijs die het Warmtekavelbedrijf maximaal in rekening mag brengen door de ACM wordt begrensd, op basis van de in de Warmtewet 2 opgenomen tariefreguleringsystematiek. Wij tekenen echter aan dat warmtebedrijven in de huidige praktijk geregeld korting geven op de door de ACM bepaalde maximale tarieven. Daarbij komt het voor dat de hoogte van de korting bepaalt welke partij in een verzorgingsgebied warmte mag transporteren en leveren. Gelet op de omstandigheid dat de Warmtewet 2 tevens is gericht op betaalbaarheid voor afnemers, is het opmerkelijk dat het criterium prijs geen onderdeel uitmaakt van de rangschikkingscriteria van deze

aanwijzingsprocedure. [PM: verwijzing naar het artikel in het tijdschrift voor Staatssteunrecht].

3.5 Uitwerking kavelplan door Warmtekavelbedrijf

Na de aanwijzing dient het Warmtekavelbedrijf zijn bij de aanvraag ingediende globale kavelplan nader te specificeren tot een uitgewerkt kavelplan. Dit uitgewerkte kavelplan omvat onder meer (i) een netontwerp, (ii) een planning en fasering, (iii) een plan van aanpak met betrekking tot de bewonersparticipatie, (iv) een raming van de totale investerings- en exploitatiekosten, (v) een plan van aanpak met betrekking tot het borgen van de duurzaamheidsnormen en de leveringszekerheid, en (vi) een opgave van de isolatiewaarden en overige voorschriften waaraan de gebouwen die worden aangesloten moeten voldoen.

Burgemeester en wethouders dienen met het uitgewerkte kavelplan in te stemmen. Volgens de ontwerp-toelichting kunnen Burgemeester en Wethouders over de boeg van dit instemmingsver-eiste beoordelen of het kavelplan voldoende in lijn is met de uitkomsten van het participatieproces en voldoende rekening houdt met de inbreng van de stakeholders. Ook kan de gemeente op die wijze borgen dat het uitgewerkte kavelplan de informatie bevat die nodig is voor de vervolgbesluitvorming, in het bijzonder de vaststelling van het uitvoeringsplan en het omgevingsplan. Wij kunnen ons voorstellen dat omtrent de (noodzakelijke) inhoud van een uitgewerkt kavelplan een verschil van inzicht kan bestaan tussen de gemeente en het Warmtekavelbedrijf. Dat zou de ontwikkelfase kunnen vertragen en belemmeren. Verder zij opgemerkt dat Burgemeester en Wethouders niet reeds vanwege het onthouden van goedkeuring bevoegd zijn om de aanwijzing als Warmtekavelbedrijf in te trekken.

3.6 Inventarisatie van het aantal grootverbruikersaansluitingen door B&W

Op basis van het uitgewerkte kavelplan wordt vervolgens bezien hoeveel grootverbruikersaansluitingen op het net zullen worden gerealiseerd; zie art. 2.29 lid 2 Wetsvoorstel. In dit verband wordt ook wel gesproken van de opt-out. Grootverbruikersaansluitingen betreffen aansluitingen met een vermogen hoger dan 100 kW. Insteek van het Wetsvoorstel is dat een gebouweigenaar de mogelijkheid heeft om, in plaats van een aansluiting op het warmtenet, te kiezen voor een individuele warmtevoorziening mits deze een zelfde mate van energiezuinigheid heeft als aansluiting op het warmtenet. Tegelijkertijd is het aantal aansluitingen, en met name grootverbruikersaansluitingen, bepalend voor de haalbaarheid van de businesscase van het Warmtekavelbedrijf, die - met geregelde tarieven - voor een groot deel afhankelijk is van voldoende afzetmogelijkheden. Om die reden voorziet

het Wetsvoorstel in een gedetailleerde procedure om, voorafgaand aan de vaststelling van het uitvoerings- en omgevingsplan, te inventariseren hoeveel grootverbruikersaansluitingen zullen worden gerealiseerd. Het initiatief voor deze inventarisatie ligt bij de gemeente, die daarin wordt ondersteund door het Warmtekavelbedrijf. Indien een gebouw-eigenaar kiest voor een aansluiting op het warmtenet, is hij de eerste vijf jaar verplicht daarop te zijn aangesloten; zie art. 2.33. Na ommekomst van die vijf jaar kunnen de betrokken gebouwen worden afgesloten tegen een door de ACM te bepalen afsluittarief. De gedachte achter deze vijfjaars-periode is dat het Warmtekavelbedrijf zich in ieder geval over die periode verzekerd weet van een bepaald (minimaal) afzetvolume. Het is de vraag hoe investeerders en financiers met deze beperkte duur zullen omgaan. Afgezet tegen de economische levensduur van een warmtenet (van rond de dertig jaar), biedt een garantietermijn van vijf jaar mogelijk niet de bedoelde zekerheid die nodig is voor financiers en/of investeerders om in te stappen. Zo stelt de ontwerp-toelichting dat het afsluittarief zal worden gebaseerd op de werkelijke kosten van de afsluiting (p. 43). Het lijkt er aldus op dat in het afsluittarief geen rekening wordt gehouden met de verminderde inkomsten uit de exploitatie.²²

3.7 Vaststelling uitvoeringsplan door B&W

Volgens de ontwerp-toelichting dient de gemeente vervolgens een uitvoeringsplan vast te stellen. Hierin is beschreven hoe het kavelplan van het warmtebedrijf zal worden gerealiseerd. Het uitvoeringsplan wordt opgesteld in samenwerking met brede kring van betrokkenen bij het warmtenet, waaronder het Warmtekavelbedrijf, de (huidige) gas- en/of elektriciteitsnetbeheerder, gebouw-eigenaren, bewoners, verhuurders, de bouwsector en vertegenwoordigers van de utiliteitsbouw. Het uitvoeringsplan is geen onderdeel van het Wetsvoorstel, maar zal worden vormgegeven als een instrument onder de Ow, zoals een programma. Zie hieromtrent § 3.1 van dit artikel.

3.8 Vaststelling omgevingsplan door de raad

Wat de omgevingsrechtelijke besluitvorming betreft, ligt het zwaartepunt bij de vaststelling van het omgevingsplan. Dit is het eerste (en mogelijk enige) besluit dat door de gemeenteraad dient te worden genomen. De vastlegging van het warmtenet in het omgevingsplan zal door de Ow worden

²² Saillant is verder dat een gebouw-eigenaar die niet reageert op de aanbieding van Burgemeester en Wethouders om te worden aangesloten op het warmtenet, gedurende vijf jaar verplicht een aansluiting op het warmtenet krijgt (art. 2.29 lid 4 jo. 2.33 Wetsvoorstel). Hier zijn ook juridische kanttekeningen bij te plaatsen. Voorts is het de bedoeling dat een individuele warmtevoorziening slechts is toegestaan als die voorziening wat betreft energiezuinigheid en bescherming van het milieu gelijkwaardig is. Deze aspecten blijven vanwege de omvang van dit artikel verder buiten beschouwing.

geregeld. In het omgevingsplan zal het gebied worden bepaald waarvoor is gekozen voor een warmtevoorziening door middel van een warmtenet. Dit gebied kan (aanvankelijk) kleiner zijn dan het (oorspronkelijke) warmtekavel, bijvoorbeeld als wordt beoogd het warmtenet gefaseerd te realiseren. Het belangrijkste verschil met de eerdere, hiervoor behandelde besluitvorming in de ontwikkelfase is dat in het omgevingsplan extern juridisch bindende bepalingen zullen worden opgenomen. Zo is het de bedoeling dat in het omgevingsplan een juridisch bindende einddatum voor (een warmtevoorziening door middel van) aardgas wordt bepaald. Daartegen zal, naar wij aannemen beroep openstaan voor, in ieder geval, de bewoners en bedrijven (met een gasaansluiting) in het gebied waar het warmtenet zal worden aangelegd en het gasnet zal verdwijnen. De wettelijke bevoegdheid om dit te bepalen ontbreekt echter vooralsnog in de Ow.²³

In de relatie tussen de gemeente en het Warmtekavelbedrijf is het belangrijkste rechtsgevolg van het omgevingsplan dat de rechten en plichten die het Warmtekavelbedrijf vanwege de aanwijzing krijgt, eerst met de vaststelling van het omgevingsplan effectief in werking treden. Vanaf dat moment krijgt het Warmtekavelbedrijf de verplichting om, na de ontwikkelfase, daadwerkelijk een aanvang te maken met de aanleg van het warmtenet, het beheer, het transport en de levering van warmte; zie art. 2.8 van het Wetsvoorstel. De ACM is vervolgens bevoegd ter zake van de handhaving van deze verplichting. Burgemeester en Wethouders kunnen onder omstandigheden bevoegd zijn om de aanwijzing in te trekken. Al met al volgt uit voorgaande dat de vaststelling van het omgevingsplan het scharnierpunt is tussen het omgevingsrecht en het energierecht, gelet op de grote implicaties voor het Warmtekavelbedrijf.

3.9 Inventarisatie van het aantal kleinverbruikersaansluitingen door B&W

Voorafgaand aan de vaststelling van het omgevingsplan zal de gemeente de grootverbruikersaansluitingen op het warmtenet in kaart brengen; zie § 3.7. De kleinverbruikersaansluitingen worden na de vaststelling van het omgevingsplan geïnventariseerd. De procedure en de regeling hiervoor is identiek aan die voor de grootverbruikers, en zodoende geldt ook voor kleinverbruikers een opt-out mogelijkheid.

3.10 Investeringsplan door het Warmtekavelbedrijf

Voorafgaand aan de realisatie- en exploitatiefase dient het Warmtekavelbedrijf een investerings-

²³ Zie ook J.J. Karens, 'Experiment afbouw aardgaslevering met de Crisis- en herstelwet. De contouren van energietransitie in het omgevingsplan?', TBR 2020/47.

plan op te stellen. Dit dient gedurende de exploitatiefase periodiek te worden herhaald. In het investeringsplan gedurende de ontwikkelfase geeft het Warmtekavelbedrijf inzicht in de initiële investeringen voor de aanleg, uitbreiding of vervanging van het warmtenet, en wordt een doorkijk gegeven over hoe het gedurende de eerstkomende tien tot vijftien jaar de leveringszekerheid kan borgen en kan voldoen aan de opgelegde duurzaamheidsnormen.

Een investeringsplan wordt beoordeeld door de ACM. Daartoe dient het Warmtekavelbedrijf een ontwerp investeringsplan in te dienen. Op basis daarvan toetst de ACM onder meer of de in het plan opgenomen investeringen noodzakelijk zijn voor het doelmatig uitvoeren van de wettelijke taken van het Warmtekavelbedrijf. De ratio achter deze (wijze van) toetsing is dat de tariefregulering onder de Warmtewet 2 uiteindelijk op de kosten (van onder meer het warmtenet) zal worden gebaseerd. Als het resultaat van haar toetsing kan de ACM instructies geven, die het Warmtekavelbedrijf dient te verwerken in het definitieve investeringsplan. Het Warmtekavelbedrijf is vervolgens verplicht om de in het investeringsplan opgenomen investeringen uit te voeren.

3.11 Realisatie- en exploitatie door het Warmtekavelbedrijf

Als het aantal aansluitingen op het warmtenet en de verplichtingen voortvloeiend uit het investeringsplan duidelijk zijn, kan het Warmtekavelbedrijf een investeringsbesluit nemen. Leidend principe daarbij, althans in ieder geval voor private partijen, zal zijn of het (voldoende zekerheid heeft of het) de te maken realisatie- en exploitatiekosten kan terugverdienen gedurende de exploitatiefase. Wat betreft de duur van de exploitatiefase wordt benadrukt dat een Warmtekavelbedrijf voor maximaal dertig jaar kan worden aangewezen. Dit is inclusief de ontwikkel- en de realisatiefase. Naarmate de ontwikkelfase langer duurt, is de exploitatiefase dus korter. Aandachtspunt hierbij is dat het Warmtekavelbedrijf nauwelijks grip heeft op de duur van de ontwikkelfase. De belangrijkste stappen worden immers genomen door de gemeente. Verder zij benadrukt dat het Warmtekavelbedrijf doorgaans pas een investeringsbesluit zal nemen, althans externe financiering kan aantrekken, indien het omgevingsplan onherroepelijk is. Het Wetsvoorstel beschermt het Warmtekavelbedrijf niet tegen vertraging die wordt veroorzaakt door een lange ontwikkelfase of een lange periode totdat het omgevingsplan onherroepelijk wordt, althans deze omstandigheden geven geen grondslag tot het verlengen van de aanwijzingsduur (voor een periode langer dan dertig jaar). Wij zouden ons kunnen voorstellen dat wat betreft het risico van een relatief lange ontwikkelfase nog een oplossing wordt gevonden, bijvoorbeeld door het regelen van een verlengingsbevoegdheid

of door de exploitatietermijn van dertig jaar te laten ingaan op de datum dat het omgevingsplan wordt vastgesteld of de toetsing van het ontwerp-investeringsplan gereed is.

4. Analyse: wordt het Warmtekavelbedrijf niet te vroeg in de ontwikkelfase aangewezen?

Vooropgesteld, de warmtetransitie is een complexe opgave. Op zich biedt de kavelsystematiek in onze ogen een goede basis voor die complexe opgave en het op grote schaal uitrollen van warmtenetten. Wij zien echter ook een aantal aandachtspunten. Ons belangrijkste aandachtspunt ten aanzien van de ontwikkelfase is dat pas aan het slot van de ontwikkelfase - door het investeringsbesluit van het Warmtekavelbedrijf - zeker wordt dat het warmtenet daadwerkelijk zal worden gerealiseerd. Bij gebreke daarvan, strandt een lang ontwikkelproces zonder resultaat. De ontwikkelfase moet dan van voren af aan opnieuw worden doorlopen, althans vanaf de aanwijzing van een Warmtekavelbedrijf. Zeker in de jaren net na inwerkingtreding van de Warmtewet 2 kan dit schadelijk zijn voor de sector en de investeringsbereidheid.

De vorengaande analyse laat onverlet dat naarmate de ontwikkelfase vordert, de realisatie steeds waarschijnlijker wordt. Daarbij is de aanwijzing van het Warmtekavelbedrijf in feite slechts een eerste stap. Na die aanwijzing volgen nog een aantal keuzemomenten, in het bijzonder de instemming met het uitgewerkte kavelplan en de vaststelling van het omgevingsplan door de gemeente, en de beoordeling van het ontwerp-investeringsplan door de ACM. Op zich lijkt het Wetsvoorstel dat te onderkennen. Zo treedt de wettelijke taak van het Warmtekavelbedrijf pas effectief in werking door de vaststelling van het omgevingsplan, na de inventarisatie van het aantal grootverbruikersaansluitingen op het warmtenet.

Verder benadrukken wij dat indien op enig moment (na de vaststelling van het omgevingsplan) zou blijken dat het Warmtekavelbedrijf de aan hem opgedragen, wettelijke taak niet kan uitvoeren, op zich bestuursrechtelijk kan worden gehandhaafd. Van het Warmtekavelbedrijf worden echter geen (privaatrechtelijke) zekerheden verlangd. Dat is bijvoorbeeld anders in de windenergie-op-zee tenders, waarin de winnende producent meteen na de uitslag van de tender een bankgarantie moet stellen, die kan worden getrokken indien het windenergieproject niet tijdig is gerealiseerd en operationeel is. Een harde afdwingbare exploitatieplicht bestaat daar overigens evenmin, althans niet onder huidig recht.

Het Wetsvoorstel voorziet dus niet in een met het windenergie-op-zee regime vergelijkbare zeker-

heidsstelling. Tegelijkertijd menen wij dat dat ook niet aan de orde kan zijn, althans niet ten tijde van de aanwijzing van het Warmtekavelbedrijf. Gelet op het moment waarop deze aanwijzing plaatsvindt, zijn er dan nog te veel onzekerheden om dat, redelijkerwijs, van een (markt)partij te kunnen verlangen. Wij menen dat pas met de vaststelling van het omgevingsplan de ontwikkelfase van het warmtenet zodanig is gevorderd, dat het redelijk wordt om het ontwikkelrisico meer naar het Warmtekavelbedrijf te verleggen, bijvoorbeeld in de vorm van het verlangen van zekerheden.

Deze conclusie rechtvaardigt onze inziens de vraag of het Warmtekavelbedrijf niet te vroeg in de ontwikkelfase wordt aangewezen. De achterliggende gedachte achter de vroegtijdige aanwijzing is dat gedurende de ontwikkelfase technische en financiële keuzen moeten worden gemaakt, die een gemeente niet zelfstandig kan maken, onder meer vanwege de benodigde expertise en de samenhang tussen die keuzen en de uiteindelijke projectexploitatie en -realisatie. Dat zijn op zich valide redenen. Er zijn echter ook andere oplossingen denkbaar. Zo zou (een) publieke entiteit(en) in het leven kunnen worden geroepen, met voldoende expertise en middelen om het warmtenet uit te werken tot de vaststelling van het omgevingsplan.²⁴ Indien die publieke entiteit op regionaal niveau zou worden opgezet, kan een directe link met de regionale bronnenstrategie worden gelegd en kunnen de apparaatskosten over meerdere kavels worden verdeeld. Verder zou het omgevingsplan bepaalde keuzen nog open kunnen laten. Op deze manieren zou het mogelijk worden om het warmtebedrijf pas na de vaststelling van het omgevingsplan te selecteren, om de verdere ontwikkeling, financiering, realisatie, exploitatie en eventuele verwijdering²⁵ - al dan niet samen met een publieke partij - voor haar rekening te nemen.

En bijkomend voordeel van het later in de ontwikkelfase organiseren van de concurrentie tussen marktpartijen is dat dan ook beter op prijs kan worden gegund, en daarmee meer kan worden gestuurd op de kosten voor de inwoners en dus de betaalbaarheid. Daarbij zij benadrukt dat inzicht in de kosten en betaalbaarheid cruciaal is voor het draagvlak onder de inwoners. Oftewel, indien ten

tijde van de aanwijzing meer duidelijkheid bestaat omtrent de kosten en betaalbaarheid, kan dat een directe impact hebben op het aantal (vrijwillige) groot- en kleinverbruikersaansluitingen op het warmtenet, en dus op de financiële haalbaarheid. Zo beschouwd zou het aanwijzen van een Warmtekavelbedrijf in een later stadium van de ontwikkelfase kunnen bijdragen aan het vergroten van het draagvlak voor een warmtenet.

5. Afsluiting: de overlap tussen het energie- en omgevingsrecht wordt steeds groter

In dit artikel is inzichtelijk gemaakt dat de juridische inkadering van (de grootschalige uitrol van) warmtenetten plaatsvindt door zowel het regulatoire energierecht, in het bijzonder door de Warmtewet 2 (ondersteund door de Energiewet), als het omgevingsrecht (in de Ow). Deze ontwikkeling staat niet op zichzelf. In feite is de na het Energieakkoord 2013 ingevoerde (rijks)coördinatie-regeling voor hernieuwbare-elektriciteitsprojecten, in art. 9b - 9f van de E-wet, ook een exponent van de combinatie van energierechtelijke en omgevingsrechtelijke regelgeving.²⁶ Nieuwe regelgeving zal in de toekomst steeds vaker zowel energierechtelijke als omgevingsrechtelijke kenmerken hebben. Zo wordt onderkend dat de ruimtelijke dimensie van grote invloed is op de toekomstige ontwikkeling van het energiesysteem.²⁷ Dat uit zich bijvoorbeeld in de ruimte die moeten worden gecreëerd voor de in het Klimaatakkoord voorziene projecten in combinatie met een goede leefomgevingskwaliteit. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om (in de regionale energiestrategieën aangewezen) zon- en windprojecten. Voorts zij gewezen op het Programma Energiehoofdstructuur.²⁸ Dit programma is gericht op het tijdig creëren van voldoende ruimte voor de nationale energiehoofdstructuur, waarbij een goede leefomgevingskwaliteit een randvoorwaarde is. In het verlengde hiervan wordt de inpasbaarheid van het energiesysteem in het bredere ruimtelijke beleid genoemd als nieuwe doelstelling van de Nederlandse energiewetgeving; zie de in juli 2020 gepresenteerde contouren van de Energiewet.²⁹ Aldus mag worden verwacht dat de overlap tussen het energie- en omgevingsrecht in de toekomst alleen maar groter zal worden. ●

²⁴ Dit zou overigens, in lijn met de eerdergenoemde concept-leidraad van de ACM, ook een netwerkbedrijf kunnen zijn.

²⁵ Het Wetsvoorstel regelt voorsnog niet wat na ommekomst van periode waarvoor het Warmtekavelbedrijf wordt aangewezen, met het warmtenet gebeurt. Aangezien behoefte zal (of kan) bestaan aan continuïteit van de warmtelevering zal dit nog aanvullend moeten worden geregeld.

²⁶ De rijkscoördinatie-regeling voor energieprojecten zal worden herijkt, zie *Kamerstukken II* 31 239, nr. 309 en in Bijlage 1 bij *Kamerstukken II*, 32 813, nr. 483. De besluitvorming daarover wordt meegenomen in het aankomende wetsvoorstel van de Energiewet.

²⁷ Vgl. Kamerbrief d.d. 20 maart 2020 (*Kamerstukken II* 32 813, nr. 483) en ook de Kamerbrief van 20 juni 2020 (*Kamerstukken II* 32 813, nr. 536).

²⁸ Zie de Startnotitie Programma Energiehoofdstructuur, bijlage bij *Kamerstukken II* 31239, nr. 317.

²⁹ Voor dit artikel is gebruik gemaakt van een online te vinden werkdocument d.d. 17 juli met als opschrift 'contouren Energiewet' en 'Status publieke versie'.