

MARQ WIJNGAARDEN
FLIP SCHÜLLER
PROF. LIESBETH ZEGVELD
MARIEKE VAN EIK
WIL EIKELBOOM
DR. CHANNA SAMKALDEN
TAMARA BURUMA
BONDINE KLOOSTRA
MICHIEL PESTMAN
PROF. GÖRAN SLUITER
BRECHTJE VOSSENBERG
EVA BEZEM
DR. HANA VAN OUIJEN
JO-ANNE NIJLAND
LISA-MARIE KOMP
BARBARA VAN STRAATEN
TOM DE BOER
FREDERIEKE DÖLLE
ELLES TEN VERGERT
ISA VAN KRIMPEN

Rechtbank Amsterdam
Sector Bestuursrecht
Postbus 75850
1070 AW AMSTERDAM

Ook per fax: **088 - 361 03 25**

Amsterdam, 14 november 2019
Onze ref. KD20180039/BK/bk
Uw ref. **Zaaknummer
AMS 19/4664 BESLU**

Direct faxnr.: +31(0)20-3446201

ADVISEURS
PROF. HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA
PROF. TIES PRAKKEN
PROF. BRITTA BÖHLER

AANVULLING BEROEPSGRONDEN

Betreft: Fossielvrij / Amsterdam (warmteplan)

Geacht college,

Hieronder worden de gronden van beroep in de hierboven kort aangeduide procedure namens Fossielvrij Amsterdam en Fossielvrij NL (hierna gezamenlijk ook aangeduid als Fossielvrij) aangevuld.

INLEIDING

1. De klimaatverandering is een feit en dat bij opwarming van de aarde met meer dan 1,5 °C de gevolgen niet te overzien zijn, voor de natuur, het milieu en voor de mensheid ook. Bij opwarming boven dat niveau zal de samenleving zoals wij die nu kennen ontworicht raken door opwarming van de oceaan, extreme weersomstandigheden, rijzen van de zeespiegel, droogte¹. Er rest nog slechts tien tot vijftien jaren om het tij zodanig te keren dat de opwarming die cruciale grens van 1,5 °C niet overschrijdt. Hiervoor zijn op korte termijn drastische maatregelen nodig. Overheden, ook lokale overheden, zullen zich maximaal moeten inzetten om een klimatramp te voorkomen.
2. Fossielvrij Amsterdam en Fossielvrij NL maken deel uit van de wereldwijde fossielvrijbeweging, die de afhankelijkheid van fossiele brandstoffen wil doorbreken door op de urgentie van de transitie naar duurzaam te wijzen, op te komen tegen de fossiele industrie, alternatieven te stimuleren. Vanuit de algemene belangen die Fossielvrij behartigt, wordt hierbij de het warmteplan Sluisbuurt ter beoordeling aan de rechtbank voorgelegd. De gemeenteraad kiest in het warmteplan voor

¹ https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Headline-statements.pdf

hoogtemperatuursverwarming, onder uitsluiting op voorhand van duurzamere alternatieven.

ACHTERGROND EN INHOUD WARMTEPLAN SLUISBUURT

3. De gemeenteraad heeft voor een deel van de Sluisbuurt een warmteplan vastgesteld. Het betreft het warmteplan Sluisbuurt dat bij raadsbesluit van 19 december 2018 werd vastgesteld. Het warmteplan zorgt ervoor dat voor de woningen en gebouwen die worden gerealiseerd in het plangebied een aansluitverplichting gaat gelden ten aanzien van het warmtedistributienet dat wordt aangelegd. Het warmtenet wordt aangelegd ten behoeve van warmtelevering door het bedrijf Westpoort Warmte (WPW). De warmte wordt met aardgas opgewekt in de gascentrale Diemen en bevat een optie voor een gedeeltelijke warmtetoevoer via een retourleiding. De verplichte bijdrage per aansluiting is in het warmteplan Sluisbuurt vastgesteld op € 5000,-.
4. De aansluitplicht in het plangebied vervalt als in een woning of gebouw alternatieve middelen worden toegepast die leiden tot een energiezuinigheid van die woning of dat gebouw die tenminste gelijkwaardig is aan of beter dan de energieprestatie in het geval van aansluiting op het warmtenet. De energiezuinigheid van een woning wordt bepaald aan de hand van een NEN-norm, die hieronder nader zal worden besproken. De NEN-norm kwantificeert de energiezuinigheid van een breed scala aan technieken die in een woning kunnen worden toegepast ten behoeve van energiezuinigheid. Hieronder vallen technieken die energie besparen, zoals isolatie van de woning en technieken die energie opwekken, bijvoorbeeld zonnepanelen.
5. De energiezuinigheid van een woning wordt uitgedrukt in een getal, de zogenaamde energieprestatiecoëfficiënt (EPC). In Het Bouwbesluit 2012 schrijft voor dat een nieuw gebouw met gebruiksfunctie 'woning' moet voldoen aan een energieprestatiecoëfficiënt van maximaal 0,4. Hoe een woning daaraan kan voldoen, is omschreven in de toepasselijke NEN-norm, NEN 7120. De energiezuinigheid is bepalend voor de mate waarin normaal gebruik van de woning voor CO₂-emissies zorgt. Het bewonen van een energiezuiniger woning zal tot minder CO₂-uitstoot leiden. In het warmteplan Sluisbuurt is bepaald hoe de mate van energiezuinigheid van het warmtenet van WPW kan worden bepaald en hoe de CO₂-emissies van het warmtenet kunnen worden vastgesteld. Dit is van belang, omdat aan de hand van energiezuinigheid en omvang van CO₂-emissies moet worden bepaald of een woning met en zonder aansluiting op het warmtenet een gelijkwaardige energiezuinigheid realiseren. Is sprake van een ten minste gelijkwaardige energiezuinigheid, dan vervalt de aansluitplicht voor die woning.
6. In mei 2017 sloot de gemeente met Westpoort Warmte (WPW) een private overeenkomst over de levering van stadswarmte in de Sluisbuurt, zo blijkt uit het warmteplan. Het warmteplan Sluisbuurt werd in december 2018, circa anderhalf jaar na het sluiten van de concessieovereenkomst, door de gemeenteraad vastgesteld. Volgens het warmteplan (warmteplan, samenvatting, p. 2) is een belangrijk doel van het warmteplan 'het ondersteunen van verduurzaming van de warmtevoorziening in Amsterdam'. Verder wordt het volgende gesteld:

“Een warmteplan houdt in dat alle nieuwbouw in het plangebied voor een periode van maximaal 10 jaar op het warmtenet dient te worden aangesloten totdat het geplande aantal aansluitingen is bereikt. Een uitzondering op deze aansluitplicht is mogelijk indien een opdrachtgever een alternatief ontwikkelt dat aan het warmtenet gelijkwaardig is qua

energiezuinigheid en milieuprestatie. Ook particuliere zelfbouwers dan wel groepen van deze zelfbouwers zijn wettelijk vrijgesteld van een aansluitplicht.

Deze regeling biedt West Poort Warmte een basis om daadwerkelijk te kunnen investeren in het warmtenet.

(...)

Na vaststelling van het warmteplan geldt voor nieuwbouw een aansluitplicht op het warmtenet op grond van het Bouwbesluit. Dit warmteplan specificeert het warmteleveringsgebied, het geplande aantal woningen/woonequivalenten, de tijdsduur en de milieuprestatie." (warmteplan, p. 2).

7. WPW gaat de Sluisbuurt aansluiten op de 'retourleiding van de warmte uit het Oostelijk Havengebied'. Wanneer dit zal gebeuren en of en zo ja, hoeveel besparing van fossiele brandstof en dus van CO₂-emissies dit oplevert, staat niet in het warmteplan. Vanwege piekuren in het Oostelijk Havengebied, wordt volgens het warmte plan rekening gehouden met onvoldoende capaciteit in de retourleiding. Volgens het warmteplan wordt dat 'opgelost' door 'bijmenging uit het hoofdtransportnet' (warmteplan, p. 4). Hoe vaak er sprake zal zijn van onvoldoende capaciteit, hoe dit is berekend en in hoeverre dit in de weg staat aan gebruik van retourwarmte in de Sluisbuurt is niet vermeld en blijkt ook niet uit andere door de gemeente gepubliceerde informatie. Onduidelijk is ook wat de gevolgen hiervan zijn voor de energieprestatie van het warmtenet van WPW.
8. Wordt een gelijkwaardig alternatief gerealiseerd, dan geldt de uit het warmteplan voortvloeiende aansluitplicht voor een woning niet. De wijze waarop wordt bepaald of een alternatief voor aansluiting op het warmtenet ten aanzien van energiezuinigheid gelijkwaardig is aan het warmtenet volgt volgens het warmteplan niet uit het Bouwbesluit 2012, maar uit in het warmteplan Sluisbuurt opgenomen criteria (warmteplan, p. 7).
9. In het warmteplan Sluisbuurt wordt over het meest voorkomende duurzame alternatief voor het warmtenet, bestaande uit een warmtepomp met zonnepanelen om in de elektriciteitsvraag van de warmtepomp te voorzien, het volgende gesteld:

"De warmteopwekking vindt nu plaats door middel van een elektrische warmtepomp die wordt gevoed door het elektriciteitsnet. Eventueel in het ontwerp opgenomen PV-panelen voor de opwekking van duurzame elektriciteit worden geacht niet te worden ingezet voor de warmtepomp. Enerzijds is dat een gevolg van de zienswijze dat PV-panelen worden ingezet ten behoeve van de elektriciteitsketen en niet de warmteketen. Deze zienswijze is enerzijds gestoeld op de veronderstelling dat PV-panelenonafhankelijk van de gekozen warmtevoorziening zullen worden gekozen en anderzijds op de wetenschap dat de gelijktijdigheid tussen opwekking (als de zon schijnt) en vraag (als het koud) is, slechts beperkt is. Voorlopig zullen warmtepompen vooral in de winter een beroep doen op het nationale elektriciteitspark."

De gemeenteraad wil met deze passage in het warmteplan een zeer voor de hand liggend duurzaam alternatief van concurrentie met het warmtenet uit te sluiten. Dit zou ertoe leiden dat woningen met een warmtepomp met zonnepanelen toch onder de aansluitplicht op het warmtenet van WPW blijven vallen.
10. De Rekenkamer Metropool Amsterdam (hierna: de rekenkamer beschrijft in een recent rapport over warmtenetten in Amsterdam, 'Verduurzaming warmtevoorziening met warmtenetten' van 7 maart 2019, het volgende over de afwegingen van de gemeente ten aanzien van het gelijkwaardigheidsbeginsel in relatie tot vast te stellen warmteplannen:

"Er zijn hierbij (...) drie opties besproken voor het berekenen van de mate van energiezuinigheid: 1) op basis de warmtebron, 2) op basis van de warmtebron en de

warmtevraag van het gebouw, of 3) op basis van de warmtebron, warmtevraag, elektriciteitsvraag en elektriciteitsproductie van het gebouw. In de notitie wordt gesteld dat vanwege het gebrek aan draagvlak bij meerdere stakeholders, waaronder WPW voor optie 3 is gekozen optie 2 aan te houden. Dit betekent dat de elektriciteit die in het gebouw op een duurzame manier opgewekt wordt (bijvoorbeeld door zonnepanelen), niet verrekend mag worden met het energieverbruik ten behoeve van de warmte-voorziening van het gebouw (bijvoorbeeld van een warmtepomp). Het energieverbruik van de warmtepomp wordt dan berekend op basis van de landelijke energiemix, waarbij de uitstoot uiteraard hoger ligt dan de duurzame energie opgewekt binnen het gebouw. Deze notitie is niet besproken in het college van B en W of in de gemeenteraad." (Rekenkamer, rapport 'Verduurzaming warmtevoorziening met warmtenetten', p. 88 en 89).

11. Uit de door de gemeente Amsterdam gesloten concessieovereenkomst blijkt dat de gemeente met WBW private afspraken heeft gemaakt over de invulling van het gelijkwaardigheidsbeginsel, een wettelijk begrip uit het Bouwbesluit 2012. De rekenkamer stelt in het hierboven aangehaalde citaat uit het rapport 'Verduurzaming warmtevoorziening met warmtenetten' dat er bij WPW geen draagvlak was voor optie 3 en dat daarom gekozen is voor optie 2. Met andere woorden, de optie die overeenkomt met de beoordelingssystematiek die in het Bouwbesluit 2012 is voorgeschreven, dat is optie 3, te weten het bepalen van de EPC van het warmtenet en van het alternatief daarvoor aan de hand van NEN7120 was een optie waar geen draagvlak voor bestond bij WPW. Daarom is, aldus het citaat in het rapport van de rekenkamer, gekozen voor een veel beperktere invulling van het gelijkwaardigheidsbeginsel, volgens de beschreven optie 2. Optie 2 wijkt af van NEN7120 want daarin worden alleen bepaalde technische opties ten behoeve van de energieprestatie meegenomen in de beoordeling, met uitsluiting van bijvoorbeeld zonnepanelen als energievoorziening voor de warmtepomp in een woning. Dat de gemeente zich bij de invulling van het gelijkwaardigheidsbeginsel heeft laten leiden door WPW werd op 10 december 2018 door wethouder Doorninck nog eens beaamd in antwoord op vragen van gemeenteraadslid Groen over het aangepaste warmteplan Sluisbuurt:

"In het overleg met WPW over de Sluisbuurt is verkend of voor het bepalen van de gelijkwaardigheid van een ander dan het preferente systeem ook zonnepanelen zouden kunnen meetellen. WPW wil om principiële redenen niet meegaan in deze rekenwijze voor het bepalen van de gelijkwaardigheid."

12. Naar die 'principiële redenen' van WPW kunnen Fossielvrij Amsterdam en Fossielvrij NL wel raden: het gaat erom veilig te stellen dat het op fossiele brandstof draaiende warmtenetwerk van WPW in de Sluisbuurt geen last heeft van concurrentie van energiezuiniger alternatieven. Door de – bij private afspraak – met WPW overeengekomen inperking van het gelijkwaardigheidsbeginsel, worden de gevallen waarin een woning niet onder de aansluitplicht voor het warmtenet van WPW valt, gereduceerd. Hierdoor wordt het financiële risico van WPW dat woningen niet op het warmtenet worden aangesloten – in strijd met het Bouwbesluit 2012 – beperkt. De wethouder heeft aldus tijdens de raadsvergadering op 10 december 2018 kenbaar gemaakt dat met WPW privaatrechtelijk overeen gekomen is om het gelijkwaardigheidsbeginsel in te perken, zodanig dat warmteopwekking met behulp van warmtepompen met zonnepanelen niet als gelijkwaardig aan het warmtenet van WPW zullen worden aangemerkt. Dit is vertaald in het warmteplan Sluisbuurt. Met zijn geheel eigen en met de regels strijdige invulling van het gelijkwaardigheidsbeginsel hanteert de gemeenteraad van de gemeente Amsterdam in wezen het uitgangspunt dat verwarming met aardgas duurzamer is dan energie opgewekt met de zon (zoals zonnepanelen, door de zon verwarmd oppervlaktewater').

JURIDISCHE BEOORDELING

Doel en systematiek van het Bouwbesluit 2012

13. Het Bouwbesluit stelt eisen aan bouwwerken, die beogen dat gebouwen voldoen aan bepaalde minimumvereisten ten aanzien van veiligheid, bescherming van de gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en bescherming van het milieu. Zo bevat hoofdstuk 2 van het Bouwbesluit 2012 voorschriften waarin de eis wordt gesteld dat een gebouw aan eisen van technische veiligheid moet voldoen. Het te bouwen bouwwerk moet op grond van artikel 2.1 van het Bouwbesluit 2012 voldoende bestand zijn tegen de daarop werkende krachten. Vervolgens zijn normen geformuleerd bijvoorbeeld inzake de belasting van het fundament van een woning of de mate waarin een woning bestand moet zijn tegen aardbevingen. Voor de vraag hoe die normen voor een te bouwen woning kunnen worden gehaald, wordt verwezen naar de in hoofdstuk 2 van toepassing verklaarde NEN-normen inzake technische veiligheid. De NEN-normen omschrijven de beschikbare technieken en in welke mate die bijdragen aan technische veiligheid. Aldus schrijft het Bouwbesluit 2012 niet voor wélke technieken moeten worden gebruikt bij het bouwen van een bouwwerk, maar aan welke normen dat bouwwerk moet voldoen. Het is aan de bouwer om te kiezen welke technieken worden toegepast, zolang de gestelde norm uit het Bouwbesluit 2012, bijvoorbeeld inzake technische veiligheid van een woning, gehaald wordt. Door toepassing van de relevante NEN-norm wordt berekend in hoeverre met verschillende technieken de norm uit het Bouwbesluit 2012 wordt gehaald.
14. Hoofdstuk 5 van het Bouwbesluit 2012 bevat de voorschriften over energiezuinigheid van gebouwen. Ook inzake energiezuinigheid bevat het Bouwbesluit 2012 een norm, maar worden specifieke technieken waarmee die norm mag worden bereikt, niet voorgeschreven. De keuze hoe de voorgeschreven mate van energiezuinigheid wordt bereikt, is aan de bouwer. Via de NEN-norm dient te worden vastgesteld of met één of meer toe te passen technieken de norm voor energiezuinigheid uit het Bouwbesluit 2012 wordt gehaald.
15. Zo bepaalt artikel 5.1 van het Bouwbesluit 2012 dat een te bouwen bouwwerk energiezuinig is. Volgens artikel 5.2, eerste lid, heeft 'een gebruiksfunctie een volgens NEN 7120 bepaalde energieprestatiecoëfficiënt van ten hoogste de in tabel 5.1 aangegeven waarde'. Voor de gebruiksfunctie 'woning' is de energieprestatiecoëfficiënt (EPC) volgens tabel 5.1 gesteld op 0,4. De technieken waarmee deze norm kan worden behaald, zijn opgenomen in de NEN 7120, waarnaar in artikel 5.2 van het Bouwbesluit 2012 wordt verwezen. Deze NEN norm beschrijft en waardeert de bijdrage aan de energiezuinigheid van de verschillende technieken die kunnen worden toegepast voor een woning om de voorgeschreven EPC voor de gebruiksfunctie woning te halen. Volgens NEN 7120 gaat het om het volgende:

"Deze norm geeft termen, definities en de methode voor de bepaling van de energieprestatie en de daaruit afgeleide indicatoren van een gebouw of een deel van een gebouw. Het toepassingsgebied strekt zich uit over woningen, woongebouwen en utiliteitsgebouwen, zowel nieuw als bestaand."
16. Hoe een woning daaraan kan voldoen, is bepaald in NEN 7120 (en andere relevante normen waarnaar in NEN7120 wordt verwezen), waarin is beschreven hoe de verschillende technische maatregelen gezamenlijk bijdragen aan het behalen van de

energieprestatienorm voor een woning. Hierover wordt in NEN 7120 onder andere het volgende gesteld:

“5.2.1 Karakteristiek energiegebruik [A]

Ongeacht de toepassing wordt van het gebouw het karakteristieke energiegebruik, E_{PTot} , bepaald, als de som van het naar primaire energie omgerekende gebruik aan fossiele brandstoffen voor verwarming, bevochtiging, ventilatoren, verlichting, koeling, ontvochtiging, warm tapwater en het totaal aan daarbij gebruikte hulpenergie, verminderd met de naar primaire energie omgerekende eventuele op eigen perceel geproduceerde (gebouwegebonden) energie, bijvoorbeeld zonnestroom en elektriciteitslevering van een gebouwegebonden warmtekrachtinstallatie.”

17. De in NEN7120 beschreven technieken dragen gezamenlijk bij aan de voorgeschreven energiezuinigheid van een woning. Het gaat om allerlei technieken die de energieprestatie van een woning beïnvloeden zoals woningisolatie, energieopwekking via zonnepanelen, inzet van verwarming op gas of via verstoken van biomassa. De specifieke technieken die in een woning worden toegepast zijn – op basis van NEN 7120 - gezamenlijk bepalend voor de energiezuinigheid van een woning en het al dan niet voldoen van de EPC-norm uit artikel 5.2 van het Bouwbesluit 2012.

Gelijkwaardigheidsbeginsel

18. Artikel 1.3, eerste lid, van het Bouwbesluit 2012 bepaalt dat aan een in hoofdstuk 2 tot en met 7 gesteld voorschrift niet voldaan hoeft te worden ‘indien het bouwwerk of het gebruik daarvan anders dan door toepassing van het desbetreffende voorschrift ten minste dezelfde mate van veiligheid, bescherming van de gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en bescherming van het milieu biedt als is beoogd met de in die hoofdstukken gestelde voorschriften.’
19. Voor warmtenetten is in artikel 1.3, derde lid, van het Bouwbesluit 2012 bepaald dat met een dergelijke gelijkwaardige oplossing voor een aansluiting op het distributienet voor warmte als bedoeld in artikel 6.10, derde lid, bedoeld wordt dat ten minste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu wordt gehaald als wordt bereikt met de in het warmteplan voor die aansluiting opgenomen mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu.
20. Met de ‘mate van energiezuinigheid’ van ‘die aansluiting’ in artikel 1,3, derde lid, van het Bouwbesluit wordt bedoeld, de mate van energiezuinigheid van het te bouwen bouwwerk, mét aansluiting op het warmtenet vergeleken met de mate van energiezuinigheid van het bouwwerk zonder aansluiting op het warmtenet, maar met alternatieve methoden met betrekking tot de energieprestatie van de woning. De gelijkwaardige oplossing moet – ook - volgens het warmteplan overigens beoordeeld worden aan de hand van NEN7120.

Bouwbesluit 2012 en gelijkwaardigheidsbeginsel onjuist toegepast

21. Naar het oordeel van Fossielvrij kleeft aan het warmteplan Sluisbuurt een essentieel gebrek. In het warmteplan wordt uitgegaan van een onjuiste, geheel eigen, interpretatie van het gelijkwaardigheidsbeginsel, die lijkt te zijn ingegeven door afspraken met WPW en die duidelijk in het belang zijn van WPW, zoals hiervoor uiteen is gezet. Het gaat bij het gelijkwaardigheidsbeginsel echter om een wettelijk begrip, gedefinieerd in artikel 1.3, derde lid, van het Bouwbesluit 2012, dat in overeenstemming met de wettelijke voorschriften dient te worden toegepast. De opzet van het warmteplan lijkt erop gericht het gelijkwaardigheidsbeginsel zo te interpreteren en toe te passen dat gelijkwaardige en

duurzamere alternatieven voor het warmtenet niet in aanmerking worden genomen voor ontheffing van de aansluitplicht, waardoor het wettelijke gelijkwaardigheidsbeginsel wordt uitgehouden.

22. Het gelijkwaardigheidsbeginsel bepaalt wanneer ontheffing van de aansluitplicht moet worden verleend, te weten: wanneer de energieprestatie volgens NEN 7120 van een in de Sluisbuurt te realiseren woning zonder stadswarmte van WPW tenminste gelijkwaardig is aan de energieprestatie van diezelfde te realiseren woning met een aansluiting op het warmtenet. In wezen komt dit erop neer en NEN 7120 voorziet daar ook in, dat om de energiezuinigheid van de woning mét en zonder warmtenet met elkaar te vergelijken de energieprestatie van de woning wordt gepaald aan de hand van de CO₂-emissie waarmee het normale gebruik van de woning gepaard gaat.
23. Zoals hiervoor werd vermeld, introduceert de gemeenteraad in het warmteplan twee criteria die ervoor zorgen dat een betere energieprestatie van een nieuwbouwwoning zonder warmtenetaansluiting toch niet leidt tot ontheffing van de aansluitplicht op het warmtenet van WPW. Ten eerste brengt het warmteplan een kunstmatig onderscheid aan tussen een warmteketen en een elektriciteitsketen, waardoor het scenario van verwarming van de woning met een warmtepomp en zonnepanelen niet zou kunnen leiden tot ontheffing van de aansluitplicht. Ten tweede verlangt het warmteplan dat de met zonnepanelen duurzaam geproduceerde stroom daadwerkelijk, gelijktijdig, door de warmtepomp wordt geconsumeerd, om de energieprestatie van de zonnepanelen mee te mogen rekenen bij het bepalen van de energiezuinigheid. Het warmteplan Sluisbuurt gaat in tegen de NEN-systematiek met de al aangehaalde redenering dat zelf opgewekte duurzame stroom uit zonnepanelen niet mag worden toegerekend aan de warmtepomp, omdat "de gelijktijdigheid tussen opwekking (als de zon schijnt) en vraag (als het koud) is, slechts beperkt is" (warmteplan Sluisbuurt p.12). Artikel 5.2 van het Bouwbesluit en de daarin opgenomen NEN7120 schrijven echter voor dat duurzaam opgewekte elektriciteit op of bij de eigen woning moet worden verrekend met de primaire energievraag van de warmtepomp.
24. Juist het scenario waarin de warmtedistributeur niet het meest duurzame warmtenet realiseert, terwijl er wel een aansluitplicht gaat gelden door het vastgestelde warmteplan, wilde de minister door de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel voorkomen. Om deze reden voorziet het Bouwbesluit 2012 in de mogelijkheid dat de aansluitplicht niet geldt voor een woning in het geval beter gescoord wordt op energiezuinigheid van de woning met alternatieve oplossingen. Het doel hiervan was en is om de distributeur van warmte scherp te houden op een zo duurzaam mogelijk warmtedistributienet. Bij een warmtenet met een matige of slechte energieprestatie, zal het warmtenet concurrentie ondervinden van duurzamere alternatieven, omdat voor die woningen een ontheffing van de aansluitplicht geldt.
25. Dat dit zo is, volgt niet alleen uit de hiervoor besproken doelstelling en systematiek van het Bouwbesluit 2012, maar dit stelde de minister expliciet als reden voor de nieuwe regeling inzake het warmteplan in het Bouwbesluit 2012 in zijn brief aan de Tweede Kamer van 12 april 2013 over de nieuwe bepalingen in het Bouwbesluit 2012 inzake warmtedistributienetwerken De minister wees onder andere op het volgende:
“(…) Als ik de mogelijkheid voor gelijkwaardige oplossingen in het geval van een warmtenet volledig zou uitsluiten, dan neem ik de prikkel weg bij de warmteleverancier om voor een warmtenet een concurrerend aanbod te maken. Dat is maatschappelijk niet wenselijk. Het moet voor een bouwer of gebruiker mogelijk zijn om een gelijkwaardige oplossing zonder

aansluiting op het warmtenet aan te bieden. Het is de verantwoordelijkheid van de bouwer of gebruiker die met zijn bouwproject niet wil aansluiten op het warmtenet, om aan te tonen dat zijn energie- en milieuprestatie per gebouw tenminste even goed is als de energie- en milieuprestatie op basis van het warmteplan. Op deze manier houden de aanbieders van warmtenetten en de aanbieders van alternatieve oplossingen elkaar scherp. Mijn verwachting is dat gemeenten in de praktijk warmteplannen zullen vaststellen die zijn gebaseerd op een realistische inschatting van de afzet van warmte die weer is gebaseerd op duurzame warmtenetten met een aantrekkelijke prijs. Alleen op die manier kan een aanbod worden gerealiseerd dat ook echt concurrerend is met alternatieve opties.

Ik ben van mening dat met de aansluitplicht op het warmtenet, zoals deze per 1 maart jongstleden is gewijzigd, een adequate bescherming voor duurzame en financieel aantrekkelijke warmtenetten wordt geboden." (Kamerstukken II, 2012-2013, 32 757, nr. 61, p. 1 en 2).

26. De minister benadrukte dat de gekozen formulering in het Bouwbesluit 2012 zo moet worden uitgelegd dat geen andere dan overwegingen betreffende de energie- en milieuprestatie mogen worden meegenomen bij het beoordelen van gelijkwaardigheid:

"De gemeente mag bij de beoordeling (van gelijkwaardigheid) alleen de energie- en milieuprestatie betrekken. De maatschappelijke kosteneffectiviteit van het warmtenet is dus geen beoordelingscriterium." (Kamerstukken II, 2012-2013, 32 757, nr. 61, p. 1 en 2).

Naar het oordeel van Fossielvrij volgt uit het voorgaande dat de gemeenteraad, door zich bij de uitoefening van zijn publieke taak, het vaststellen van een warmteplan, te laten leiden door private afspraken met WPW over een lokale invulling van het gelijkwaardigheidsbeginsel, heeft gehandeld in strijd met het Bouwbesluit 2012.

27. Terecht wordt in het rapport van 7 maart 2019 van de rekenkamer 'Verduurzaming warmtevoorziening met warmtenetten' verwezen naar de wijzingen die de gemeente Amsterdam en Rotterdam ten aanzien van de nieuwe regels over warmteplannen bepleitten en wat daarvan is overgenomen in het Bouwbesluit 2012. Daarover wordt onder andere het volgende gesteld:

"In het Bouwbesluit is tevens een ontheffingsmogelijkheid voor gelijkwaardige alternatieve warmtesystemen opgenomen. Warmtebedrijven en gemeenten vonden echter dat de gekozen formulering teveel ruimte bood om te ontkomen aan de aansluitplicht. De vrees was dat door deze onzekerheid over het aantal woningen en andere gebouwen dat daadwerkelijk aangesloten zou gaan worden, collectieve warmteprojecten (die een aanzienlijke investering vergen) niet meer tot stand zouden (kunnen) komen. De gemeente Rotterdam en Amsterdam en verschillende warmtebedrijven lieten de Minister weten dat investeringen in een warmtenet te riskant zouden worden door het gelijkwaardigheidsbeginsel. Zij verzochten de Minister het gelijkwaardigheidsbeginsel niet te laten gelden of te beperken. Vertegenwoordigers van projectontwikkelaars, woningcorporaties en consumentenorganisaties (Woonbond en Vereniging Eigen Huis) pleitten echter juist voor het onverkort handhaven van het gelijkwaardigheidsbeginsel.

Na een warmte-overleg, waaraan alle betrokken partijen deelnamen, is overeengekomen dat de gemeenteraad een warmteplan kon vaststellen dat voor een bepaald gebied en een bepaalde periode zal gelden. In dat warmteplan is onder andere vastgelegd welke mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu zal worden nagestreefd met een warmtenetaansluiting. Om in aanmerking te komen voor een ontheffing op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel, moest een alternatieve oplossing zonder aansluiting op het warmtenet ten minste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu

bieden. Naar aanleiding van het warmte-overleg is de tekst van het Bouwbesluit 2012 aangepast.” (Rekenkamer Amsterdam, rapport Verduurzaming warmtevoorziening met warmtenetten, p. 69).

28. De wijzigingen zijn per 1 maart 2013 in werking getreden. Het gelijkwaardigheidsbeginsel is nu opgenomen in het Bouwbesluit 2012 en mag niet meer door gemeenten worden opgenomen in de bouwverordening, waarin aan dat beginsel een eigen invulling kon worden gegeven. Duidelijk is dat de door onder andere Amsterdam bepleite inperking van het gelijkwaardigheidsbeginsel door de minister werd afgewezen. Inmiddels probeert de gemeente echter ‘via de achterdeur’ alsnog zelf een beperking op het gelijkwaardigheidsbeginsel in te voeren, door een beperking op te nemen in het warmteplan Sluisbuurt.
29. Het gelijkwaardigheidsbeginsel laat echter geen ruimte voor een eigen interpretatie, in die zin dat er in beginsel dient te worden aangesloten bij de gebruikelijke eisen uit het Bouwbesluit 2012 en de op grond daarvan van toepassing zijnde NEN-normen en criteria. Dit wordt bevestigd in de rechtspraak². De wijze waarop de energie-efficiëntie van de woning wordt berekend is voorgeschreven in het Bouwbesluit 2012 en op dezelfde of vergelijkbare wijze dient de energie-efficiëntie voor een woning die niet op het warmtenet wordt aangesloten maar gelijkwaardige oplossingen voor energiezuinigheid toepast, te worden berekend. Diezelfde normen en methodiek zijn van toepassing voor het bepalen van de energie-efficiëntie van het alternatief voor stadsverwarming.
30. Kort en goed komt het erop neer dat, volgens de gemeenteraad van Amsterdam, de energieprestatie van een woning, aan de hand waarvan wordt vastgesteld of aan de eis van energiezuinigheid uit artikel 5.1 van het Bouwbesluit 2012 wordt voldaan, wordt vastgesteld volgens NEN 7120 (zie artikel 5.2 van het Bouwbesluit 2012), maar dat voor het bepalen of een woning met alternatieve energiebesparingsvoorzieningen gelijkwaardig is aan een op het warmtenet aangesloten woning, NEN7120 niet mag worden toegepast. Volgens NEN 7120 moeten voor de energieprestatie van een woning ook de energieopwekking uit zonnepanelen worden meegenomen bij het bepalen van de energiezuinigheid van die woning. Daarmee staat vast dat de energieprestatie van zonnepanelen ook meetelt volgens NEN7120 voor het bepalen van de gelijkwaardigheid van andere oplossingen. Hoewel de gemeenteraad in het warmteplan heeft bepaald dat op het bepalen van gelijkwaardigheid NEN7120 van toepassing is, sluit het warmteplan het meetellen van de energieprestatie van zonnepanelen in strijd met wat NEN voorschrijft, uit. Hierdoor is het warmteplan innerlijk tegenstrijdig en vult de gemeenteraad bovendien het gelijkwaardigheidsbeginsel van artikel 1.3, derde lid, van het Bouwbesluit 2012 in op een wijze waarin het Bouwbesluit 2012 niet voorziet en die haaks staat op doel en systematiek van het Bouwbesluit 2012, waarin normen voor bouwwerken worden gesteld, maar het aan de bouwer wordt overgelaten de technieken waarmee dat doel bereikt wordt te bepalen.
31. Zeer kwalijk vinden Fossilvrij Amsterdam en Fossilvrij NL het bovendien dat deze invulling van het gelijkwaardigheidsbeginsel, waarbij de concurrentie van alternatieve oplossingen ten opzichte van het aansluiting op het warmtenet wordt beperkt, door de wensen van WPW is ingegeven en door WPW bij concessieovereenkomst is afgedwongen. Dat dergelijke private afspraken leiden tot een wetsinterpretatie die in strijd is met de bedoeling van de regeling en van de wetgever (hier: de minister) en rechtstreeks voordeel

² Zie bijvoorbeeld rechtbank Den Haag, 31 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9026, r.o. 2.11,

opleveren voor het betrokken bedrijf WPW is in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur en met het Bouwbesluit 2012. In het warmteplan is geen enkele valide reden opgegeven waarom van de voorschriften van het Bouwbesluit is afgeweken en een heel eigen invulling aan het gelijkwaardigheidsbeginsel is gegeven. De gemeenteraad dient uit te gaan van de criteria en methodiek die op grond van het Bouwbesluit bepalend zijn voor het vaststellen van de energie-efficiëntie van een gebouw en hebben een zwaarwegende motiveringsplicht als daarvan wordt afgeweken. Enkel afwijken omdat dit voordelig is voor de warmteleverancier levert geen deugdelijke motivering op.

32. Juist het expliciet in het warmteplan Sluisbuurt als gelijkwaardig afgewezen alternatief voor van verwarming van gebouwen met warmtepomp en zonnepanelen (PV- panelen) is door de minister bovendien aangehaald als in aanmerking te nemen alternatief voor de ontheffing van de aansluitplicht, om de aanbieder van warmte via het warmtenet concurrerend te houden op duurzaamheid. De minister is bij het vaststellen van artikel 1.3, derde lid, van het Bouwbesluit inzake gelijkwaardige oplossingen ook uitgegaan van de voorgeschreven NEN-norm, NEN 7120 waarin zonnepanelen zijn erkend als techniek voor het verhogen van de energiezuinigheid van gebouwen. De minister stelt hierover in de voornoemde brief aan de Kamer het volgende:

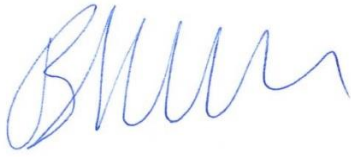
“De aanvrager van de gelijkwaardige oplossing voor de aansluiting op een warmtenet moet aannemelijk maken, bijvoorbeeld op basis van een speciaal daarvoor uitgevoerd onderzoek, dat de gelijkwaardige oplossing voor zijn gebouw(en) leidt tot tenminste dezelfde energie- of milieuprestaties als in het geval van aansluiting van zijn gebouw(en) op het warmtenet. Als de aanvrager aannemelijk kan maken dat zijn oplossing gelijkwaardig is, dan moet de gemeente deze gelijkwaardige oplossing toestaan. Een voorbeeld: in een warmteplan staat bijvoorbeeld dat op basis van de aansluiting op het distributienet voor warmte een energieprestatiecoëfficiënt (EPC) van 0,2 moet worden gehaald. Dit is dan de energieprestatie van het warmtenet, de warmteproductie en maatregelen in de woningen gecombineerd. Als een bouwer niet aan wil sluiten op het warmtenet, dan moet hij dus met alternatieve maatregelen zoals bijvoorbeeld extra isolatie, een warmtepomp of PV-panelen per woning een EPC van 0,2 of beter realiseren.” (Kamerstukken II, 2012-2013, 32 757, nr. 61, p. 1).

33. De beoordelingsruimte van de gemeenteraad gaat niet zover dat willekeurige alternatieven, als gelijkwaardige oplossing op voorhand worden afgewezen, omdat die ervoor zorgen dat een warmtedistributeur concurrentie zal ondervinden van die gelijkwaardige alternatieven. Dat staat het gelijkwaardigheidsbeginsel zelf, maar ook artikel 1.3, derde lid, van het Bouwbesluit niet toe.
34. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat in het warmteplan een onjuiste invulling aan het gelijkwaardigheidsbeginsel wordt gegeven. Die invulling is in strijd met artikel 1.3, eerste en derde lid, van het Bouwbesluit 2012 en met de op grond van het Bouwbesluit 2012 voorgeschreven NEN-norm NEN7120. Op grond hiervan kan het bestreden warmteplan niet in stand blijven.

CONCLUSIE

Fossielvrij verzoekt de rechtbank om het beroep gegrond te verklaren en het bestreden besluit te vernietigen en – zelf in de zaak voorzien – het warmteplan Sluisbuurt te herroepen, althans het gewijzigd vast te stellen onder schrapping van hoofdstuk 4 van het warmteplan, met veroordeling van de gemeenteraad in de kosten van de procedure.

Hoogachtend,

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'B.N. Kloostra', written in a cursive style.

B.N. Kloostra