

de overtreding van andere (autonome) verbodsbepalingen van de APV.

6. Als de hoogste (bestuurs)rechter tot het oordeel komt dat de APV-bepaling betreffende het vervoer etc. van inbrekerswerktuigen onverbindend geacht moet worden, dan is het gedaan met de ‘Veluwse methode’ voor zover het betreft de handhaving van dit verbod. Mocht dat niet zo zijn, dan ga ik ervan uit dat de Afdeling zich vroeg of laat toch zal (moeten) uitspreken over het tweede vraagstuk, het met een strafvorderlijke (opsporings)bevoegdheid verkrijgen van bewijsmateriaal ten behoeve van de bestuursrechtelijk dwangsom. Als de Afdeling zich conformeert aan de Hoge Raad, zal de mogelijkheid om een APV-overtreding te constateren in de praktijk sterk worden gereduceerd vanwege het ‘handen op de rug-criterium’. Intussen blijft de impact van (woning)inbraak op het gevoel van onveiligheid van burgers groot. Om dat te weten, hoeft men geen (wetenschappelijke) rapporten te raadplegen. Het lezen van de krant of het kijken naar ‘Opsporing verzocht’ is voldoende. Er is sprake van ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer. Als het bestuursrechtelijk instrumentarium tekortschiet, zou een andere mogelijkheid gezocht moeten worden. Van der Vorm (*Gst.* 2021/50) wijst op de mogelijkheid van een strafbeschikking indien overtreding van het ‘inbrekerswerktuigartikel’ in de APV strafbaar is gesteld (wat meestal het geval zal zijn). Over de opsporing en strafvervolgning zouden dan wellicht prioriteitsafspraken gemaakt kunnen worden in de (lokale) driehoek. Maar laten we eerst met spanning wachten op nieuwe dwangsomjurisprudentie. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

W.P. Adriaanse

Gst. 2022/57

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 16 februari 2022, nr. 202003259/1/R1
(Mrs. A. ten Veen, G.T.J.M. Jurgens en J. Gundelach)
m.nt. J. Wieland¹

(Art. 1:3 Awb; art. 1.3 lid 4, 6.10 lid 3 Bouwbesluit 2012)

ABkort 2022/99
Omgevingsvergunning in de praktijk 2022/8630
Milieurecht Totaal 2022/7377
NJB 2022/552
ECLI:NL:RVS:2022:517

Besluitbegrip. Hoofdstuk 4 van het warmteplan, dat handvatten bevat voor de invulling van de gelijkwaardigheidseis, is geen besluit waartegen beroep kan worden ingesteld. (Amsterdam)

Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat hoofdstuk 4, waarin de raad heeft beoogd handvatten voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid te geven, deelt in het besluitkarakter. Op basis van artikel 6.10 van het Bouwbesluit 2012 geldt een aansluitplicht op het in een warmteplan aangewezen warmtenet, zolang niet alle geplande aansluitingen gerealiseerd zijn. In artikel 1.3 van het Bouwbesluit 2012 is – kort weergegeven – bepaald dat aan bepaalde voorschriften niet hoeft te worden voldaan, indien een gelijkwaardig alternatief voor de aansluiting op het warmtenet toegepast wordt. Het vierde lid van die bepaling voegt daar voor warmtenetten aan toe dat een gelijkwaardige oplossing voor een aansluiting op het warmtenet ten minste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu heeft als wordt bereikt met de in het warmteplan voor die aansluiting opgenomen mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu. Bij de verlening van een omgevingsvergunning voor het bouwen is het aan het bevoegde gezag (het college van burgemeester en wethouders) om een oordeel over die gelijkwaardigheid te geven. Zoals hiervoor al is weergegeven, bevat hoofdstuk 4 van het warmteplan handvatten voor de invulling van de gelijkwaardigheidseis, de bepalingsmethode en een voorbeeld voor een gelijkwaardige warmtevoorziening. De raad heeft een mogelijke invulling willen geven aan het begrip gelijkwaardigheid door in hoofdstuk 4 te beschrijven wanneer een beroep kan worden gedaan op een gelijkwaardig alternatief als bedoeld in artikel 1.3 van het Bouwbesluit 2012. Met die beoordelingsmethode zou volgens de raad de vergelijking moeten worden gemaakt en aan de hand daarvan zou ook moeten worden beoordeeld of een aangedragen alternatief gelijkwaardig is. In het Bouwbesluit 2012 is echter niets opgenomen over de eisen en de bepalingsmethode voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid van een alternatieve voorziening. Omdat het Bouwbesluit 2012 hiervoor geen grondslag bevat en het hier – anders dan in de overige hoofdstukken van het warmteplan – niet gaat om de uit artikel 1.1, eerste lid, van het Bouwbesluit 2012 voortvloeiende elementen, komt de raad op grond van het Bouwbesluit 2012 niet de bevoegdheid toe om bindend vast te leggen hoe de gelijkwaardigheidsbeoordeling moet worden ingevuld en wat daarbij wel en niet zou mogen worden meegenomen. Daarom zijn de uitgangspunten van hoofdstuk 4 niet op rechtsgevolg gericht en delen zij niet in het rechtskarakter van de overige op het Bouwbesluit 2012 gebaseerde onderdelen van het warmteplan. De rechtbank heeft dat niet onderkend.

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. Westpoort Warmte B.V., gevestigd te Amsterdam,
 2. de raad van de gemeente Amsterdam;
- appellanten,
tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 24 april 2020 in zaak nr. 19/4664 in het geding tussen:
De Stichting ter bevordering van de Fossielvrij-beweging en anderen (de Stichting en anderen),
en
de raad van de gemeente Amsterdam.

Procesverloop

Bij besluit van 19 december 2018 heeft de raad het warmteplan “Sluisbuurt 2018” vastgesteld.

¹ Jaap Wieland is advocaat bij Stijl Advocaten te Amsterdam.

Bij besluit van 10 juli 2019 heeft de raad het door de Stichting en anderen daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 24 april 2020 heeft de rechtbank het door de Stichting en anderen daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard. De rechtbank heeft het besluit van 10 juli 2019 vernietigd, voor zover daarbij hoofdstuk 4 van het warmteplan in stand is gelaten. Verder heeft zij het besluit van 19 december 2018 in zoverre herroepen en bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde deel van het besluit van 10 juli 2019. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben de raad en Westpoort hoger beroep ingesteld.

De Stichting en anderen hebben een schriftelijke uiteenzetting gegeven en een nader stuk ingediend.

De raad en Westpoort hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak op een zitting behandeld op 6 september 2021, waar Westpoort vertegenwoordigd door [gemachtigden A], bijgestaan door mr. M.G.J. Maas-Cooymans, advocaat te Rotterdam, de raad, vertegenwoordigd door M.C. Eelman en S.J. Roelink, bijgestaan door mr. E.H.P. Brans, advocaat te Den Haag, en de Stichting en anderen, vertegenwoordigd door [gemachtigden B], bijgestaan door mr. B.N. Kloostera, advocaat te Amsterdam, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Het warmteplan legt de aansluitplicht in de Sluisbuurt op het warmtenet van Westpoort Warmte vast op basis van de retourwarmte uit het Oostelijk Havengebied. In het plan is een aansluitplicht opgenomen voor 2.700 woningen en 65.000 m² bruto vloeroppervlak aan voorzieningen op het warmtenet. Na een inleiding beschrijft hoofdstuk 2 van het warmteplan het warmtenet en de aansluiting daarop. Hoofdstuk 3 beschrijft de mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu van het warmtenet. In hoofdstuk 4 komt het beroep op gelijkwaardigheid – de wijze waarop afwijking van de aansluitplicht mogelijk is – aan de orde. Hoofdstuk 4 sluit af met een voorbeeld. Daarmee wordt geïllustreerd hoe wordt vastgesteld of een aangedragen alternatief gelijkwaardig is aan aansluiting op het warmtenet. Het uitgewerkte voorbeeld ziet op warmteopwekking door middel van een elektrische warmtepomp. Een afbakening van de gelijkwaardigheidsbepaling is de uitsluiting van zonnepanelen als een gelijkwaardig alternatief. Daarin staat dat zonnepanelen niet worden meegerekend, omdat (1) deze panelen worden ingezet als onderdeel van de elektriciteitsketen en onafhankelijk van de warmtevoorziening op een dak worden geplaatst, en (2) de gelijktijdigheid tussen energieopwekking en vraag naar warmte slechts beperkt is. Sluisbuurt ligt in het noordwestelijk deel van het Zeeburgereiland nabij de Oranjesluizen. Gezien de duurzaamheidsambities van Amsterdam is besloten dat Sluisbuurt een aardgasvrije wijk wordt en dat wordt ingezet op de ontwikkeling van energiezuinige gebouwen. Westpoort is van plan om via het warmtenet stadswarmte te leveren aan woningen.

Aangevallen uitspraak

2. Het beroep van de Stichting en anderen is alleen gericht tegen hoofdstuk 4. De rechtbank heeft overwogen dat het warmteplan een publiekrechtelijke rechtshandeling is, omdat het een besluit van de gemeenteraad is inzake de aanleg van een distributienet voor warmte in een bepaald gebied. Dat staat zo in artikel 1.1 van het Bouwbesluit. Het rechtsgevolg is dat een aansluitplicht ontstaat. Die plicht staat in artikel 6.10 van het Bouwbesluit 2012. Volgens de rechtbank is het warmteplan aan te merken als een concreterend besluit van algemene strekking en daarmee een appellabel besluit. Het Bouwbesluit 2012 geeft de raad de bevoegdheid een warmteplan vast te stellen, waarbij hij invulling geeft aan de aspecten zoals genoemd in de in het Bouwbesluit 2012 opgenomen definitie van het warmteplan. Deze aspecten worden door de rechtbank aangemerkt als feitelijke condities, zoals plaats en tijd, voor de toepassing van het algemeen verbindend voorschrift (hierna: het avv) dat is neergelegd in het Bouwbesluit 2012.

Vervolgens heeft de rechtbank een oordeel gegeven over de vraag of en, zo ja, hoe een warmteplan een eigen invulling mag geven aan het begrip gelijkwaardigheid in artikel 1.3 van het Bouwbesluit 2012. Daarbij stelt de rechtbank voorop dat het bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid alleen gaat om gelijkwaardigheid op het punt van energiezuinigheid en bescherming van het milieu. De rechtbank komt tot de conclusie dat hoofdstuk 4 van het warmteplan in strijd is met het Bouwbesluit 2012. Door een norm te stellen die de toetsing aan de gelijkwaardigheid beperkt, is de raad volgens de rechtbank buiten de hem toekomende bevoegdheid getreden. Daartoe heeft de rechtbank – kort weergegeven – het volgende overwogen. De rechtbank stelt vast dat er drie manieren zijn om de energiezuinigheid van een alternatief te vergelijken met de energiezuinigheid van aansluiting op het warmtenet: (1) op basis van de warmtebron, (2) op basis van de warmtebron en de warmtevraag, (3) op basis van de warmtebron, de warmtevraag, de elektriciteitsvraag en de elektriciteitsproductie. De rechtbank leest in het Bouwbesluit 2012 – hoofdstuk 5 waarin de energiezuinigheid is geregeld – een keuze voor de derde afbakeningsmethode. Volgens de rechtbank ontbreekt verder een wettelijke grondslag om in een warmteplan vast te leggen welke uitgangspunten en methoden worden gehanteerd om de gelijkwaardigheid van een alternatieve warmtevoorziening te beoordelen en past bij de feitelijke aard van het warmteplan niet dat daarin de norm van gelijkwaardigheid wordt uitgewerkt.

Hoger beroep

3. De raad en Westpoort betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het beroep van de Stichting en anderen ontvankelijk is. Volgens hen is hoofdstuk 4 van het warmteplan geen besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb waartegen beroep kan worden ingesteld.

De raad voert aan dat hoofdstuk 4 handvatten bevat op basis waarvan de gelijkwaardigheid moet worden beoordeeld. Volgens de raad wordt pas bij de beoordeling van de aanvraag om ontheffing van de aansluitplicht beoordeeld of een

voorgesteld alternatief een zelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu kent als een aansluiting op het warmtenet. Op de zitting bij de Afdeling heeft de raad toegelicht dat de in het warmteplan genoemde voorbeelden – in het bijzonder het in paragraaf 4.3 genoemde rekenvoorbeeld over het niet meerekenen van zonnepanelen – alleen illustraties zijn. Daarmee is niet uitgesloten dat er gevallen kunnen zijn waarbij zonnepanelen als een gelijkwaardig alternatief voor de aansluiting op het warmtenet worden aangenomen.

Westpoort voert aan dat in de definitiebepaling van artikel 1.1 van het Bouwbesluit 2012 een aantal elementen is opgenomen dat in het warmteplan moet worden opgenomen. Die elementen maken inderdaad dat sprake is van een concreterend besluit van algemene strekking. Deze elementen bevinden zich in de hoofdstukken 1 tot en met 3 van het warmteplan. In hoofdstuk 4 geeft de raad alleen richtlijnen en voorbeelden voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid van een alternatief voor aansluiting op het warmtenet. Volgens Westpoort is dit hoofdstuk op grond van het Bouwbesluit 2012 geen verplicht onderdeel van het warmteplan, zijn de richtlijnen intern gericht en hebben deze geen rechtsgevolgen als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb.

3.1. Artikel 1:3, eerste lid, van de Awb luidt: “Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.”

Een warmteplan is volgens artikel 1.1, eerste lid, van het Bouwbesluit 2012 “een besluit van de gemeenteraad inzake de aanleg van een distributienet voor warmte in een bepaald gebied, waarin voor een periode van ten hoogste 10 jaar, uitgaande van het voor die periode geplande aantal aansluitingen op dat distributienet, de mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu, gebaseerd op de energiezuinigheid van dat distributienet en het opwekkingsrendement van de over dat distributienet getransporteerde warmte bij aansluiting op dat distributienet is opgenomen”.

Artikel 6.10, derde lid, van het Bouwbesluit 2012 luidt:

“Een te bouwen bouwwerk met een of meer verblijfsgebieden is aangesloten op het in het warmteplan bedoelde distributienet voor warmte indien:

- a. het in het warmteplan geplande aantal aansluitingen op dat distributienet op het moment van het indienen van de aanvraag om vergunning voor het bouwen nog niet is bereikt, en
- b. de aansluitafstand:
 - i. niet groter is dan 40 m, of
 - ii. groter is dan 40 m en de aansluitkosten niet hoger zijn dan bij een aansluitafstand van 40 m.”

Artikel 1.3 van het Bouwbesluit 2012 luidt:

- “1. Aan een in hoofdstuk 2 tot en met 7 gesteld voorschrift hoeft niet te worden voldaan 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.

[...]

3. Een gelijkwaardige oplossing als bedoeld in het eerste lid wordt bij het gebruik van het bouwwerk in stand gehouden.
4. Een in het eerste lid bedoelde gelijkwaardige oplossing voor een aansluiting op het distributienet voor warmte als bedoeld in artikel 6.10, derde lid, heeft ten minste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu als wordt bereikt met de in het warmteplan voor die aansluiting opgenomen mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu.”

3.2. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat het warmteplan – voor zover het gaat om de hoofdstukken 1, 2 en 3 waarin een inkadering van de aansluitplicht op het warmtenet wordt gegeven – een besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Het Bouwbesluit 2012 geeft de raad de bevoegdheid een warmteplan vast te stellen. Het warmteplan bevat de uit artikel 1.1, eerste lid, van het Bouwbesluit 2012 voortvloeiende elementen en een beschrijving van de mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu. In de definitiebepaling staat dat het warmteplan ziet op een bepaald gebied, geldt voor 10 jaar en het aantal aansluitingen bepaalt. Die elementen zijn relevant voor het bestaan en de reikwijdte van de aansluitplicht. Verder bepaalt de raad op grond van het Bouwbesluit 2012 in welke mate de gedistribueerde warmte moet voldoen aan de energiezuinigheid en de bescherming van het milieu. Zoals volgt uit de toelichting op artikel 1.1 van het Bouwbesluit (Stb. 2013, 75, p. 26), gelden verder geen specifieke inhoudelijke vereisten voor een warmteplan. Het rechtsgevolg is dat op grond van artikel 6.10 van het Bouwbesluit 2012 een aansluitplicht ontstaat. De rechtbank heeft ook terecht geoordeeld dat het warmteplan in zoverre een concreterend besluit van algemene strekking is.

3.3. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat hoofdstuk 4, waarin de raad heeft beoogd handvatten voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid te geven, deelt in het besluitkarakter. Op basis van artikel 6.10 van het Bouwbesluit 2012 geldt een aansluitplicht op het in een warmteplan aangewezen warmtenet, zolang niet alle geplande aansluitingen gerealiseerd zijn. In artikel 1.3 van het Bouwbesluit 2012 is – kort weergegeven – bepaald dat aan bepaalde voorschriften niet hoeft te worden voldaan, indien een gelijkwaardig alternatief voor de aansluiting op het warmtenet toegepast wordt. Het vierde lid van die bepaling voegt daar voor warmtenetten aan toe dat een gelijkwaardige oplossing voor een aansluiting op het warmtenet ten minste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu heeft als wordt bereikt met de in het warmteplan voor die aansluiting opgenomen mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu. Bij de verlening

van een omgevingsvergunning voor het bouwen is het aan het bevoegde gezag (het college van burgemeester en wethouders) om een oordeel over die gelijkwaardigheid te geven. Zoals hiervoor al is weergegeven, bevat hoofdstuk 4 van het warmteplan handvatten voor de invulling van de gelijkwaardigheidseis, de bepalingsmethode en een voorbeeld voor een gelijkwaardige warmtevoorziening. De raad heeft een mogelijke invulling willen geven aan het begrip gelijkwaardigheid door in hoofdstuk 4 te beschrijven wanneer een beroep kan worden gedaan op een gelijkwaardig alternatief als bedoeld in artikel 1.3 van het Bouwbesluit 2012. Met die beoordelingsmethode zou volgens de raad de vergelijking moeten worden gemaakt en aan de hand daarvan zou ook moeten worden beoordeeld of een aangedragen alternatief gelijkwaardig is. In het Bouwbesluit 2012 is echter niets opgenomen over de eisen en de bepalingsmethode voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid van een alternatieve voorziening. Omdat het Bouwbesluit 2012 hiervoor geen grondslag bevat en het hier – anders dan in de overige hoofdstukken van het warmteplan – niet gaat om de uit artikel 1.1, eerste lid, van het Bouwbesluit 2012 voortvloeiende elementen, komt de raad op grond van het Bouwbesluit 2012 niet de bevoegdheid toe om bindend vast te leggen hoe de gelijkwaardigheidsbeoordeling moet worden ingevuld en wat daarbij wel en niet zou mogen worden meegenomen. Daarom zijn de uitgangspunten van hoofdstuk 4 niet op rechtsgevolg gericht en delen zij niet in het rechtskarakter van de overige op het Bouwbesluit 2012 gebaseerde onderdelen van het warmteplan. De rechtbank heeft dat niet onderkend.

De betogen slagen.

Conclusie

4. Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank, door te oordelen dat hoofdstuk 4 van het warmteplan in strijd is met het Bouwbesluit 2012, niet heeft onderkend dat dit hoofdstuk geen besluitkarakter heeft en er geen beroep bij de bestuursrechter tegen dit hoofdstuk mogelijk is. Vanwege het ontbreken van het besluitkarakter kon de rechtbank dan ook geen oordeel geven over de beroepsgronden van de Stichting en anderen over de rechtmatigheid van hoofdstuk 4 van het warmteplan. Vanwege het ontbreken van het besluitkarakter had de raad het bezwaar tegen hoofdstuk 4 van het warmteplan niet-ontvankelijk moeten verklaren.

Slotconclusie

5. De hoger beroepen zijn gegrond. De aangevallen uitspraak moet worden vernietigd, voor zover de rechtbank het besluit op bezwaar van 10 juli 2019 heeft vernietigd voor zover daarbij hoofdstuk 4 van het warmteplan in stand is gelaten, het besluit van 19 december 2018 voor wat betreft hoofdstuk 4 is herroepen en de uitspraak van de rechtbank in de plaats is getreden van het vernietigde gedeelte van het besluit op bezwaar. De aangevallen uitspraak moet voor het overige worden bevestigd. Dat betekent dat de rechtbank het beroep van de Stichting en anderen terecht gegrond heeft verklaard. Doende wat de rechtbank zou behoren te

doen, zal de Afdeling het besluit op bezwaar van 10 juli 2019 vernietigen, voor zover dat betrekking heeft op hoofdstuk 4 van het warmteplan. De Afdeling zal zelf in de zaak voorzien door het tegen hoofdstuk 4 van het warmteplan gemaakte bezwaar alsnog niet-ontvankelijk te verklaren.

6. De raad moet de proceskosten vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- I. verklaart de hoger beroepen gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 24 april 2020 in zaak nr. 19/4664, voor zover daarbij het besluit op bezwaar van 10 juli 2019 is vernietigd voor zover daarbij hoofdstuk 4 van het warmteplan in stand is gelaten en het besluit van 19 december 2018 voor wat betreft hoofdstuk 4 is herroepen;
- III. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;
- IV. vernietigt het besluit van de raad van de gemeente Amsterdam van 10 juli 2019, kenmerk 165/1215, voor zover dat is gericht tegen hoofdstuk 4 van het warmteplan;
- V. verklaart het bezwaar niet-ontvankelijk, voor zover dat is gericht tegen hoofdstuk 4 van het warmteplan;
- VI. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde deel van het besluit;
- VII. veroordeelt de raad van de gemeente Amsterdam tot vergoeding van bij Westpoort Warmte B.V. opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.518,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VIII. gelast dat de raad van de gemeente Amsterdam aan Westpoort Warmte B.V. het door haar voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 532,00 vergoedt.

Naschrift

1. Deze uitspraak volgt op een uitspraak van de rechtbank Amsterdam 24 april 2020, *Gst.* 2020/122, m.nt. J. Wieland, waarin de rechtbank oordeelde dat een besluit tot vaststelling van het warmteplan Sluisbuurt 2018 een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb. Dit gaf de rechtbank vervolgens de mogelijkheid te oordelen over de vraag of de gemeenteraad in hoofdstuk 4 van het warmteplan een eigen invulling had mogen geven aan het begrip 'gelijkwaardigheid' uit artikel 1.3 lid 3 Bouwbesluit. De rechtbank oordeelde dat daarvoor een wettelijke grondslag in het Bouwbesluit 2012 ontbrak en herriep het besluit tot vaststelling van het omgevingsplan, voor zover het hoofdstuk 4 betrof. De Afdeling komt nu tot een ander oordeel dan de rechtbank. Dat – alsmede het grote belang van deze uitspraak voor de (gemeentelijke) praktijk – maakt deze uitspraak een bespreking waard.

2. Bij besluit van 19 december 2018 heeft de gemeenteraad van Amsterdam het Warmteplan Sluisbuurt 2018 vastgesteld. De Sluisbuurt is een nieuwbouwwijk op het Zeeburgereiland en een van de laatste grote woningbouwlocaties binnen de ring. In 2017 hebben Westpoort Warmte

en de gemeente een overeenkomst gesloten voor de levering van stadswarmte in de Sluisbuurt. De aanleg van het daarvoor benodigde warmtenet gaat gepaard met grote voorfinancieringen, omdat er geïnvesteerd dient te worden in de infrastructuur. Die investering verdient Westpoort Warmte terug door warmte te leveren aan de gebouwen in de Sluisbuurt. Om het investeringsrisico voor Westpoort Warmte binnen de perken te houden heeft Westpoort Warmte afspraken gemaakt met de gemeente over de in de toekomst aan te sluiten gebouwen. Het warmteplan legt de aansluitplicht in de Sluisbuurt op het warmtenet vast.

3. Het Bouwbesluit bevat wettelijke voorschriften met betrekking tot het bouwen, gebruiken en slopen van bouwwerken. In artikel 6.10 lid 3 zijn voorschriften opgenomen ten aanzien van de aansluiting van bouwwerken op het warmtenet volgens een warmteplan. Wanneer een warmteplan is vastgesteld, is het uitgangspunt dat een nieuw te bouwen bouwwerk wordt aangesloten op het warmtenet (de zogenoemde aansluitplicht). Artikel 6.10 lid 3 noemt twee uitzonderingen op de aansluitplicht die in de hier opgenomen uitspraak verder geen rol spelen. De uitspraak heeft betrekking op de algemene uitzonderingen op de aansluitplicht, wanneer een gelijkwaardig alternatief wordt toegepast. Artikel 1.3 bepaalt in dat verband dat – kort gezegd – aan bepaalde in het Bouwbesluit gestelde voorschriften niet hoeft te worden voldaan indien een gelijkwaardig alternatief wordt toegepast. Artikel 1.3 lid 4 voegt daar voor warmtenetten aan toe dat een gelijkwaardige oplossing voor een aansluiting op het warmtenet ten minste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu moet hebben als wordt bereikt met de in het warmteplan voor die aansluiting opgenomen mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu.

4. In hoofdstuk 3 van het warmteplan Sluisbuurt is de mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu van het warmtenet beschreven. Daarmee vormt het warmteplan tevens een toetsingsinstrument voor de eventueel door bouwers in te dienen alternatieven. In hoofdstuk 4 staat beschreven wanneer een beroep kan worden gedaan op een gelijkwaardig alternatief als bedoeld in artikel 1.3 Bouwbesluit. In dit hoofdstuk is vermeld dat de eisen en de bepalingsmethode van de gelijkwaardigheid niet in het Bouwbesluit zijn opgenomen, maar in het warmteplan. Tevens worden twee voorbeelden gegeven van de wijze waarop wordt vastgesteld of een alternatief van bouwers gelijkwaardig is aan aansluiting op het warmtenet. Daarin staat – kort gezegd – dat een warmtepomp, gevoed door zonnepanelen, volgens de raad geen gelijkwaardig alternatief is voor een aansluiting op het warmtenet. Twee stichtingen zijn daar niet gelukkig mee. Zij betogen dat het niet accepteren van een warmtepomp die wordt gevoed door zonnepanelen, de overstap naar duurzamere alternatieven dan een warmtenet vertraagt. Volgens de stichtingen is een warmtepomp, gevoed door zonnepanelen, immers duurzamer dan een aansluiting op het warmtenet. De stichtingen maakten daarom bezwaar en stelden beroep in tegen de vaststelling van het warmteplan. De rechtbank vernietigde hoofdstuk 4 van het warmteplan omdat de raad daarin ten

onrechte een eigen invulling zou hebben gegeven aan het begrip 'gelijkwaardigheid' uit artikel 1.3 Bouwbesluit.

5. De Afdeling overweegt in de eerste plaats dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het warmteplan – voor zover het gaat om de hoofdstukken 1, 2 en 3 waarin een inkadering van de aansluitplicht op het warmtenet wordt gegeven – een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb. Het (beoogde) rechtsgevolg van deze hoofdstukken is dat op grond van artikel 6.10 Bouwbesluit 2012 een aansluitplicht ontstaat. Dit oordeel is niet volledig, althans niet zorgvuldig geformuleerd. De Afdeling lijkt er immers aan voorbij te gaan dat het warmteplan in hoofdstuk 3 ook de gelijkwaardigheidstoets inkadert. Daartoe worden in dit hoofdstuk de energiezuinigheid en milieuvoordelen van het warmtenet beschreven. Deze fungeren als 'maatstaf' aan de hand waarvan – volgens artikel 1.3 lid 4 Bouwbesluit – de gelijkwaardigheid van alternatieven dient te worden beoordeeld. Dit maakt overigens niet dat het oordeel van de Afdeling over het besluitkarakter van de hoofdstukken 1, 2 en 3 niet juist is. Aan dat oordeel had m.i. alleen moeten worden toegevoegd dat een tweede (beoogd) rechtsgevolg van een besluit tot vaststelling van een warmteplan is dat een gelijkwaardig alternatief dient te worden getoetst aan de in het warmteplan opgenomen mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu (vgl. H.M. Israëls, 'De aansluiting op warmtenetten en het warmteplan', *NTE* 2013, afl. 5/6, p. 246). Kortom, zowel de inkadering van de aansluitplicht als de inkadering van de gelijkwaardigheidstoets hebben het karakter van een besluit. Het zijn immers beide rechtsgevolgen die met de vaststelling van een warmteplan worden beoogd en die dus maken dat ook hoofdstuk 3 als besluit kan worden gekwalificeerd. De Afdeling oordeelt verder dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het warmteplan – voor zover het de hoofdstukken 1, 2 en 3 betreft – een concretiserend besluit van algemene strekking is. Dit oordeel heb ik reeds besproken in mijn bespreking van de rechtbankuitspraak (*Gst.* 2020/122) en daar ga ik hier daarom niet verder op in. Hoewel ik mij in dat oordeel kan vinden, vind ik het opvallend dat de Afdeling tot dit oordeel komt. Als ik naar de weergave van de hogerberoepsgronden kijk, betogen de raad en Westpoort Warmte immers helemaal niet dat, voor zover het om de hoofdstukken 1, 2 en 3 van het warmteplan gaat, geen sprake is van een besluit. De Afdeling lijkt hier dan ook buiten de omvang van het geschil te treden. Ik kan mij overigens voorstellen dat de Afdeling dat bewust doet, om voor de praktijk duidelijkheid te scheppen over het besluitkarakter van warmteplannen (als zodanig). Dit is immers de eerste keer dat de Afdeling daarover oordeelt. Het was echter duidelijker geweest als de Afdeling dat erbij had gezegd.

6. Dan het hoofdstuk van het warmteplan waar het in deze procedure echt om gaat: hoofdstuk 4. In dit hoofdstuk gaat de raad een stap verder dan het formuleren van een maatstaf waaraan gelijkwaardige alternatieven voor wat betreft energiezuinigheid en bescherming van het milieu moeten voldoen (hoofdstuk 3). De raad geeft in dit hoofdstuk aan welke alternatieven volgens hem wel (of niet) als gelijkwaardig kunnen beschouwd. Volgens de Afdeling is de

raad daartoe echter niet bevoegd. In dat kader overweegt de Afdeling dat bij de verlening van een omgevingsvergunning voor bouwen het aan het college van burgemeester en wethouders is om een oordeel te geven over de gelijkwaardigheid van een alternatief. Het college kan een omgevingsvergunning weigeren omdat *naar zijn oordeel* geen sprake is van een alternatief dat gelijkwaardig is. De raad is in zoverre geen bevoegd gezag. Desalniettemin heeft de raad bij de vaststelling van het warmteplan voor de Sluisbuurt toch een mogelijke invulling willen geven aan het begrip 'gelijkwaardigheid' door in hoofdstuk 4 te beschrijven in welke gevallen – of in welke gevallen juist niet – een beroep zou kunnen worden gedaan op een gelijkwaardig alternatief. De Afdeling gaat na of de raad die bevoegdheid heeft. In dat kader gaat zij op zoek naar de elementen die een warmteplan volgens het Bouwbesluit moet bevatten. In de definitie van het warmteplan in artikel 1.1 Bouwbesluit is niets opgenomen over de eisen en de bepalingsmethode voor de gelijkwaardigheid voor een alternatieve voorziening. Ook elders in het Bouwbesluit is daarover niets opgenomen. Dit betekent, zo overweegt de Afdeling, dat de raad op grond van het Bouwbesluit niet de bevoegdheid toekomt om bindend vast te leggen hoe de gelijkwaardigheidsbeoordeling moet worden ingevuld en wat daarbij moet worden meegenomen. Tot zover kan ik het oordeel van de Afdeling volgen. Maar de volgende zin begrijp ik niet: "Daarom zijn de uitgangspunten van hoofdstuk 4 niet op rechtsgevolg gericht en delen zij niet in het rechtskarakter van de overige op het Bouwbesluit 2012 gebaseerde onderdelen van het warmteplan". De Afdeling hangt hier haar oordeel over het besluitkarakter op aan de bevoegdheid van de raad. Dat is echter niet waar het om gaat. Een besluit is volgens artikel 1:3 lid 1 Awb een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Dat de beslissing een rechtshandeling moet inhouden, betekent dat de beslissing op rechtsgevolg gericht moet zijn. Bepalend daarbij is dat het rechtsgevolg is *beoogd*. Of het bestuursorgaan beschikt over de bevoegdheid om een besluit te nemen, is niet relevant. Ook een onbevoegd genomen besluit is een besluit. Kortom, de Afdeling formuleert haar oordeel niet zorgvuldig. Wat zij – naar ik aanneem – heeft bedoeld, is dat de raad slechts handvatten heeft willen geven die het college kan hanteren bij de vraag of sprake is van een gelijkwaardig alternatief. Dit volgt ook uit de ter zitting door de raad gegeven toelichting (r.o. 3, tweede alinea). De in hoofdstuk 4 van het warmteplan gegeven voorbeelden zijn volgens de raad bedoeld als illustraties. Ook sluit de raad niet uit dat er gevallen kunnen zijn waarbij zonnepanelen als gelijkwaardig alternatief voor de aansluiting op het warmtenet worden aangenomen. De raad heeft dus niet *beoogd* om rechtsgevolg teweeg te brengen. En *daarom* is – althans voor zover het hoofdstuk 4 betreft – geen sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Dat oordeel kan ik volgen en lijkt mij ook juist.

7. Een belangrijke consequentie van het oordeel van de Afdeling is dat een warmteplan voor wat betreft de rechtsbescherming daartegen, moet worden gesplitst in enerzijds een deel dat de aansluitplicht en gelijkwaardigheidstoets

inkadert (in dit geval de hoofdstukken 1, 2 en 3) en anderzijds een deel waarin de raad uiteenzet welke alternatieven als gelijkwaardig kunnen worden beschouwd (hoofdstuk 4). Kan een belanghebbende zich niet vinden in de inkadering van de aansluitplicht of de gelijkwaardigheidstoets, dan kan hij tegen dat deel van het warmteplan bezwaar maken en beroep instellen. Kan een belanghebbende zich daarentegen niet verenigen met de in het warmteplan opgenomen alternatieven voor aansluiting op het warmtenet, dan staat er in zoverre geen bezwaar en beroep open tegen het warmteplan. Voor de belanghebbende die zich niet kan verenigen met de door de raad als gelijkwaardig aangemerkte alternatieven, zit er niet anders op dan te wachten totdat het college beslist op een aanvraag tot verlening van een omgevingsvergunning voor bouwen. In dat kader dient het college immers te toetsen aan het Bouwbesluit. Als het – al dan niet in navolging van de door de raad in hoofdstuk 4 van het warmteplan gegeven voorzet – oordeelt dat geen sprake is van een gelijkwaardig alternatief bij toetsing van het bouwplan aan artikel 1.3 Bouwbesluit, dan staat daartegen bezwaar en/of beroep open. Door deze splitsing komt de Afdeling in de hier opgenomen uitspraak niet toe aan de toetsing van de in hoofdstuk 4 van het warmteplan door de raad niet-gelijkwaardig geachte alternatieven. Die hete aardappel wordt doorgeschoven naar een procedure tegen een eventueel besluit tot weigering van een bouwplan omdat het voorgestelde alternatief – een warmtepomp gevoed door zonnecollectoren – door het college niet als gelijkwaardig wordt aangemerkt. Het laatste woord is daarover dus nog niet gezegd.

8. Tot slot nog een korte opmerking over de Omgevingswet. Na de inwerkingtreding van de Omgevingswet zal het omgevingsplan dat gemeenteraden moeten opstellen, tevens fungeren als gemeentelijk energie- en warmteplan. In het plan moet voor elke wijk worden aangegeven hoe zal worden voorzien in de warmtevraag. Er zal dus geen apart warmteplan meer worden opgesteld. Tegelijk met de inwerkingtreding van de Omgevingswet gaat het Bouwbesluit over in het Besluit bouwwerken leefomgeving (BBL). De aansluitplicht op het warmtenet komt daarin niet meer terug. In de toelichting op het BBL (*Stb.* 2018, 291, p. 189) is vermeld dat er geen rijksregels zijn gegeven voor de voorzieningen buiten het bouwwerk die ten dienste staan van het bouwwerk. Het stellen van regels voor die voorzieningen wordt overgelaten aan de gemeentebesturen. Dit betekent dus ook dat gemeenteraden zelf regels kunnen gaan stellen over de aansluiting van gebouwen op onder andere het warmtenet. Gemeenteraden krijgen daarmee ruimere mogelijkheden om zelf vorm te geven aan de gelijkwaardigheidstoets. Dit betekent dat de discussie die in de hierboven afgedrukte zaak speelt, mogelijk minder actueel zal worden.

J. Wieland