

Notitie

voor Gemeente Utrecht
van Georg Huith en Robin Aerts
datum 11 april 2016
betreft Nadere vragen stadsverwarming Leidsche Rijn
zaaknr 11002455

1 Inleiding

- 1.1 Op 10 maart jl. hebben wij een second opinion gegeven over de vraag of de omgevingsvergunningen die in de periode van 1 mei 2015 tot medio februari 2016 zijn afgegeven voor de bouw van woningen in Leidsche Rijn rechtens correct zijn verleend. Achtergrond van de vraag ligt in het feit dat bij de vergunningverlening rekening is gehouden met het zogenaamde equivalent opwekkingsrendement (EOR) door de stadsverwarming, terwijl recentelijk – in februari 2016 – is gebleken dat dit rendement structureel niet meer door Eneco wordt gehaald.
- 1.2 De door u gestelde vraag is in de second opinion bevestigend beantwoord. De door u op 29 maart jl. toegezonden brieven met bijbehorende bijlagen van burgemeester en wethouders aan de Raadscommissie brengen daarin geen verandering. In het kader van onze second opinion begrijpen wij van u dat Eneco aan een ambtenaar van de gemeente heeft medegedeeld dat de EOR niet werd gehaald (ten opzichte van de kwaliteitsverklaring van TNO). Dit betekent niet direct dat de kwaliteitsverklaring volledig buiten beschouwing moet worden gelaten. Eneco heeft in 2015 niet richting de gemeente gecommuniceerd dat de afwijking structureel was, zodat de betreffende ambtenaar de mededeling heeft opgevat als een incidentele afwijking die geen gevolgen heeft voor de berekening van de EPC. Pas in februari jl. is in een bestuurlijk overleg door Eneco duidelijk gemaakt en gecommuniceerd dat het opwekkingsrendement uit de TNO-verklaring structureel niet meer werd gerealiseerd. Ook de mate en de duur van het structureel achterblijven van het opwekkingsrendement werden daar toen pas duidelijk voor het gemeentebestuur.
- 1.3 In vervolg op de second opinion heeft u ons verzocht te adviseren over de vraag met welke EOR rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van aanvragen om omgevingsvergunningen die verleend worden na 19 februari jl. Meer concreet is uw vraag of de gemeente in uitzonderingsgevallen – zoals bijvoorbeeld bij reeds ingediende aanvragen of lopende contracten met ontwikkelaars waarin een aansluitplicht op de stadsverwarming is opgenomen – gebruik mag worden gemaakt

van de hoge EOR op basis van de kwaliteitsverklaring van Eneco (177%) teneinde onbillijke situaties te voorkomen.

- 1.4 Dit advies begint met een korte samenvatting. De daarin gegeven conclusies worden vervolgens in het advies nader onderbouwd en uitgewerkt.

2 Samenvatting

- Bij de toetsing van een vergunningaanvraag geldt als hoofdregel dat het recht en de feiten en omstandigheden moeten worden toegepast zoals die gelden ten tijde van het nemen van de beslissing. Het betreft hier de zogenaamde toetsing "ex nunc".
- In afwijking van deze hoofdregel geldt dat aangevraagde bouwvergunningen getoetst mogen worden aan een bestemmingsplan dat ten tijde van het indienen van de aanvraag nog wel, maar ten tijde van de besluitvorming daarop niet meer geldend is. Voorwaarde is dan wel dat ten tijde van de aanvraag geen voorbereidingsbesluit van toepassing was.
- Deze situatie doet zich hier niet voor. Voor een wijziging in het toetsingskader van het Bouwbesluit is in de rechtspraak geen uitzondering geformuleerd op de toetsing "ex nunc". Eventueel privaatrechtelijk handelen van de gemeente in afwijking van het toetsingskader – zoals uitlatingen tijdens een aanbesteding – wijzigt de dwingende bestuursrechtelijke toetsing ex nunc niet.
- Vaststaat dat Eneco thans het in de door TNO afgegeven verklaring opgenomen EOR van 177% structureel niet meer realiseert. Hierdoor is niet langer gegarandeerd dat de in artikel 5.1, eerste lid, Bouwbesluit opgenomen EPC van 0,4 wordt gehaald.
- Met deze wetenschap dient op dit moment bij de besluitvorming het in NEN 7120 aangegeven vaste – en lagere – referentierendement van 110% toegepast te worden. De voorgestelde werkwijze waarbij in een aantal situaties bij de besluitvorming nog altijd een hoog EOR van 177% wordt toegepast, is juridisch gezien riskant. In de kern komt dit er immers op neer dat vergunningen worden verleend in de wetenschap dat niet wordt voldaan aan de in artikel 5.1, eerste lid, Bouwbesluit dwingend voorschreven EPC van 0,4.
- Niet uitgesloten is dat met het huidige warmtenet een rendement wordt bereikt dat hoger ligt dan het in NEN 7120 opgenomen referentierendement van 110%. Eneco geeft aan met het warmtenet thans een

opwekkingsrendement te realiseren van 125%. Indien goed gemotiveerd kan worden dat dit rendement daadwerkelijk structureel wordt gehaald, dan zou met dit rendement gerekend kunnen worden bij de besluitvorming. Een hoger rendement kan worden meegenomen, indien Eneco bijvoorbeeld op korte termijn met een aanvullend pakket aan maatregelen komt om het rendement van de stadsverwarming te vergroten.

- Wil een hoger rendement meegenomen kunnen worden in de besluitvorming dan zal de EOR opnieuw berekend moeten worden conform NEN 7125. Het (laten) uitvoeren van een dergelijke berekening kan verstandig zijn, om te voorkomen dat ontwikkelaars thans extra (isolatie-) maatregelen moeten treffen om hun ontwerp vergund te krijgen.

3 Beoordeling vergunningaanvragen

- 3.1 Bij de beoordeling van de door u gestelde vraag is van belang te bezien op welke wijze de aanvragen tot verlening van een omgevingsvergunning (activiteit bouwen) moeten worden beoordeeld.

Toetsingskader vergunningaanvragen

- 3.2 De aanvraag tot verlenging van een omgevingsvergunning voor de activiteit "bouwen" wordt op grond van artikel 2.10, eerste lid, onder a, Wabo getoetst aan het Bouwbesluit. Op grond van artikel 5.1, eerste lid, Bouwbesluit moet een te bouwen bouwwerk energiezuinig zijn. Om invulling te geven aan deze verplichting geldt de zogenaamde energieprestatiecoëfficiënt (EPC). De EPC geeft de mate van energiezuinigheid van een gebouw weer. De EPC wordt berekend conform NEN 7120 en kent sinds 1 januari 2015 voor woonfuncties een grenswaarde van ten hoogste 0,4.
- 3.3 Artikel 5.2, derde lid, Bouwbesluit maakt het mogelijk om gebiedsmaatregelen, zoals warmtenetten, mee te wegen bij het bepalen van de EPC. In Leidsche Rijn wordt de energieprestatie van het (duurzame) restwarmtegebruik in het warmtenet toegerekend aan de EPC van de op stadsverwarming aangesloten woningen. Dit gebeurt over de band van een in oktober 2012, voor de periode tot 1 januari 2018, door TNO afgegeven kwaliteitsverklaring volgens NEN 7125. Uit deze verklaring blijkt dat het EOR van het secundaire warmtenet 177% bedraagt. Zonder deze kwaliteitsverklaring geldt het in NEN 7120 aangegeven vaste – en lagere – referentierendement van 110%.
- 3.1 De door TNO afgegeven kwaliteitsverklaring wordt vanaf 19 februari jl. niet langer gebruikt. Uit een bestuurlijk overleg met Eneco op 16 februari bleek immers dat Eneco het in de door TNO afgegeven verklaring opgenomen EOR van 177% structureel niet

meer realiseert, aangezien de geleverde warmte minder duurzaam wordt geproduceerd.

Beoordelingsmoment vergunningaanvragen

3.2 Bij de toetsing van een vergunningaanvraag geldt als hoofdregel dat het recht en de feiten en omstandigheden moeten worden toegepast zoals die gelden ten tijde van het nemen van de beslissing. Dat geldt ook voor de beslissing op bezwaar waarbij een volledige heroverweging wordt gemaakt en waarbij alle nieuwe feiten en omstandigheden moeten worden betrokken. Dit wordt ook wel het uitgangspunt van de toetsing "ex nunc" genoemd.

3.3 Waar het gaat om aanvragen om vergunning voor de activiteit bouwen is in de jurisprudentie één uitzondering geformuleerd op deze hoofdregel. Dit betreft de toetsing van de bouwaanvraag aan het bestemmingsplan.

3.4 Ingevolge vaste jurisprudentie kan het college een bestemmingsplan dat ten tijde van het indienen van de aanvraag nog wel, maar ten tijde van de besluitvorming daarop niet meer geldend is, als toetsingskader gebruiken. Voorwaarde is wel dat het bouwplan in overeenstemming is met het bestemmingsplan dat gold ten tijde van het indienen van de aanvraag. Verder is vereist dat er op laatstgenoemd moment geen voorbereidingsbesluit gold.

Zie bijvoorbeeld:

- AbRvS 16 september 2015, nr. 201307886/2/A1;
- AbRvS 22 september 2010, nr. 201001033/1/H1, en
- AbRvS 6 februari 2002, nr. 200005090/1.

3.5 Deze situatie doet zich hier niet voor. Voor een wijziging in het toetsingskader van het Bouwbesluit – dan wel de NEN-normen die invulling geven aan het Bouwbesluit – is in de rechtspraak geen uitzondering geformuleerd op het uitgangspunt van de toetsing "ex nunc". Bij de wijziging van het Bouwbesluit geldt in beginsel dus dat die wijzigingen onmiddellijke werking hebben. Dat is slechts anders indien bij de wijziging van het Bouwbesluit overgangsrecht is opgenomen.

Zo voorziet hoofdstuk 9 van het Bouwbesluit 2012 in overgangsrecht voor de aanvragen die zijn ingediend voor 1 april 2012 (datum inwerkingtreding Bouwbesluit 2012).

3.6 Eventueel privaatrechtelijk handelen van de gemeente in afwijking van het toetsingskader – zoals uitlatingen tijdens een aanbesteding – wijzigt de dwingende bestuursrechtelijke toetsing ex nunc niet.

4 Beoordeling voorgestelde benadering

- 4.1 Uit het vorenstaande volgt dat voor de toetsing van bouwaanvragen aan het Bouwbesluit moet worden nagegaan of een woonfunctie een EPC heeft van ten hoogste 0,4. Daarbij moeten zoals gezegd de feiten en het recht worden toegepast zoals die gelden ten tijde van de beslissing op de aanvraag.
- 4.2 Tot voor kort werd bij het bepalen van de EPC gebruik gemaakt van de door TNO afgegeven verklaring voor een EOR van 177%. Dit is juist. Ten tijde van de besluitvorming bestond geen aanleiding om te twijfelen aan deze EOR en daarmee aan het kunnen realiseren van de EPC van 0,4.
- 4.3 Uit een bestuurlijk overleg met Eneco op 16 februari is gebleken dat Eneco het in de door TNO afgegeven verklaring opgenomen EOR van 177% structureel niet meer realiseert. Hierdoor is niet langer gegarandeerd dat de EPC van 0,4 wordt gehaald. Met deze wetenschap dient op dit moment bij de besluitvorming, zolang geen gewijzigde berekening conform NEN 7125 voorhanden is, het in NEN 7120 aangegeven vaste – en lagere – referentierendement van 110% toegepast te worden.
- 4.4 De voorgestelde werkwijze waarbij bij de besluitvorming nog altijd een hoog equivalent opwekkingsrendement (177%) wordt gehanteerd voor onder meer lopende aanvragen (aanvragen die zijn ingediend vóór 19 februari jl.), daarmee gelijk te stellen DO's (definitieve ontwerpen) en aanvragen die voortvloeien uit overeenkomsten die in het verleden zijn aangegaan en waarin wordt gerept over het hoge EOR van 177%, is juridisch gezien riskant. Deze werkwijze houdt immers in dat door het bevoegd gezag vergunningen worden verleend in de wetenschap dat niet wordt voldaan aan de in het Bouwbesluit opgenomen EPC van 0,4.
- 4.5 In het navolgende wordt beoordeeld wat deze wijze van toetsing tot gevolg heeft voor de door u aangedragen categorieën.

5 Beoordeling categorieën

Definitief Ontwerp

- 5.1 Uit de ter beschikking gestelde stukken volgt dat de gemeente Utrecht een Definitief Ontwerp moet goedkeuren voordat een aanvraag kan worden ingediend. De gemeente heeft vóór 19 februari jl. een Definitief Ontwerp goedgekeurd, waarin is gerekend met de hoge EOR van 177%. Het alsnog rekenen met een laag equivalent opwekkingsrendement zou leiden tot aanpassing van het (goedgekeurde) ontwerp.
- 5.2 Uit het voorgaande volgt dat het recht en de feiten en omstandigheden toegepast moeten worden, zoals die gelden ten tijde van de beslissing op de aanvraag. Dit houdt

in dat het bouwplan moet voldoen aan de in het Bouwbesluit opgenomen EPC-waarde van 0,4. Duidelijk is dat met de door TNO afgegeven verklaring niet langer wordt voldaan aan de EPC. Bij de EPC moet daarom het in NEN 7120 aangegeven vaste – en lagere - referentierendement van 110% toegepast te worden. Het feit dat de gemeente vóór 19 februari jl. een Definitief Ontwerp heeft goedgekeurd, waarin is gerekend met de hoge EOR, doet hier niets aan af.

Aanbestedings- of tenderprocedure

- 5.3 In een aanbestedings-/tenderprocedure is naar aanleiding van een concrete vraag in de Nota van Inlichtingen gemeld dat gerekend kan worden met de hoge EOR van 177%.
- 5.4 Ook hier geldt dat het recht moet worden toegepast, zoals dat geldt ten tijde van de beslissing op de aanvraag. Dit houdt in dat het bouwplan moet voldoen aan de EPC-waarde in het Bouwbesluit. Duidelijk is dat met de door TNO afgegeven verklaring niet langer wordt voldaan aan de EPC. Bij de EPC moet daarom het in NEN 7120 aangegeven vaste – en lagere - referentierendement van 110% toegepast te worden. Het feit dat de gemeente de ontwikkelaar in een aanbestedings-/tenderprocedure anders heeft geïnformeerd, doet hier niets aan af.

Nota van Inlichtingen noemt optie all-electric

- 5.5 In de Nota van Inlichtingen is de mogelijkheid van all-electric genoemd. Indien toch wordt gekozen voor stadsverwarming dient ook hier het recht te worden toegepast, zoals dat geldt ten tijde van de beslissing op de aanvraag. Zie hiervoor onder 5.2.

Herontwikkeling bestaande bouwwerken

- 5.6 De vraag of een te bouwen bouwwerk voldoende energiezuinig is, komt pas aan de orde bij de besluitvorming rond een aangevraagde omgevingsvergunning voor de activiteit "bouwen" (artikel 2.1, lid 1, onder a, Wabo). Bij het herontwikkeling van bestaande bouwwerken zal lang niet altijd sprake zijn van een vergunningsplicht op grond van artikel 2.1, lid 1, onder a, Wabo. Te denken valt aan gevallen die op grond van artikel 2.3 en bijlage II van het Bor als vergunningsvrij zijn aangewezen.
- 5.7 Wanneer voor de herontwikkeling van een bestaand bouwwerk wel een omgevingsvergunning voor de activiteit "bouwen" is vereist, dan geldt de hoofdregel dat ten tijde van het nemen van een beslissing op de aanvraag moet worden getoetst aan artikel 2.10, eerste lid, Wabo. Op grond van artikel 2.10, eerste lid, onder a, Wabo moet de vergunningaanvraag worden getoetst aan het Bouwbesluit. Op grond van artikel 5.6, eerste lid, Bouwbesluit geldt echter dat bij het gedeeltelijk vernieuwen of

veranderen of het vergroten van een bouwwerk de voorschriften van artikel 5.2 niet van toepassing zijn. De EPC wordt daarmee niet berekend conform NEN 7120.

Projecten zonder specifieke afspraken

- 5.8 In het overzicht dat u verstrekt heeft staan ook enkele projecten waarover geen specifieke afspraken zijn gemaakt. Hierbij geldt zonder meer dat het recht moet worden toegepast, zoals dat geldt ten tijde van de beslissing op de aanvraag. Dit houdt in dat het bouwplan moet voldoen aan de EPC-waarde in het Bouwbesluit. Duidelijk is dat met de door TNO afgegeven verklaring niet langer wordt voldaan aan de EPC. De EPC dient daarom te worden berekend conform NEN 7120. Daarmee moet worden uitgegaan van de lagere EOR van 110%.

Projecten met verleende omgevingsvergunning

- 5.9 Het door u verstrekte overzicht ziet ook op een aantal (deel)projecten waarbij sprake is van verleende omgevingsvergunningen. Tegen de verleende omgevingsvergunningen hebben rechtsmiddelen opengestaan. Er is geen gebruik gemaakt van deze rechtsmiddelen. Daarmee zijn de vergunningen onherroepelijk. Dit betekent dat de vergunningen, zowel wat betreft de wijze van totstandkoming als wat betreft de inhoud in overeenstemming worden geacht met de wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.

Zie: HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/ Van de Akker).

- 5.10 Dit geldt in beginsel ook indien als vaststaand mag worden aangenomen dat de vergunningen zouden zijn vernietigd wanneer daartegen tijdig beroep zou zijn ingesteld.
- 5.11 Om deze reden kan de rechtmatigheid van de afgifte van de omgevingsvergunningen juridisch gezien niet meer ter discussie staan.

Project, EPC 0

- 5.12 Er staat een project in het overzicht waarvan de ontwikkelaar heeft aangegeven te streven naar een EPC van 0 door het toepassen van warmtepompen. In dat geval staat het Bouwbesluit niet aan het verlenen van de omgevingsvergunning in de weg. Er wordt immers voldaan aan artikel 5.1 Bouwbesluit.

1065 woningen Rijnvliet

- 5.13 Het betreft hier een omvangrijk project in (deelgebied) Rijnvliet waarbij 1065 woningen worden gerealiseerd. Wanneer de ontwikkelaar van het deelgebied een

aanvraag om een omgevingsvergunning voor de activiteit "bouwen" indient, geldt de hoofdregel dat ten tijde van het nemen van een beslissing op de aanvraag moet worden getoetst aan artikel 2.10, eerste lid, Wabo. Op grond van artikel 2.10, eerste lid, onder a, Wabo moet het bevoegd gezag – voor zover hier van belang – beoordelen of een te bouwen bouwwerk voldoet aan de EPC-waarde.

- 5.14 Er kan niet langer gebruik worden gemaakt van de door TNO afgegeven verklaring. Dit houdt concreet in dat conform NEN 7120 berekend moet worden of wordt voldaan aan de EPC-waarde. Er moet daarmee uit worden gegaan van de lagere EOR van 110%.

6 Hoe nu verder?

- 6.1 Uit het vorenstaande volgt dat bij de besluitvorming niet langer uitgegaan kan worden van de door TNO afgegeven verklaring met een EOR van 177%. Bij de beantwoording van de vraag of voldaan wordt aan de voor woonruimte vereiste EPC van 0,4 zal thans het in NEN 7120 aangegeven vaste – en lagere – referentierendement van 110% toegepast moeten worden.

- 6.2 Niet uitgesloten is dat met het huidige warmtenet een rendement wordt bereikt dat hoger ligt dan het referentierendement. Uit de commissiebrief van 19 februari jl. blijkt dat Eneco met het stadsverwarmingsnet op dit moment een opwekkingsrendement realiseert van ongeveer 125%. Indien goed gemotiveerd kan worden dat dit rendement daadwerkelijk structureel wordt gehaald, dan zou met dit percentage gerekend kunnen worden bij de besluitvorming. Een hoger rendement kan worden meegenomen, indien Eneco bijvoorbeeld op korte termijn met een aanvullend pakket aan maatregelen komt om het rendement van de stadsverwarming te vergroten.

- 6.3 Wil een hoger rendement meegenomen kunnen worden in de besluitvorming dan zal de EOR opnieuw berekend moeten worden conform NEN 7125. Om te voorkomen dat ontwikkelaars thans extra (isolatie)maatregelen moeten treffen om hun ontwerp vergund te krijgen, kan het verstandig zijn om een dergelijke berekening te laten uitvoeren.

- 6.4 Ten slotte zou de gemeente de eventuele aansluitplicht op de stadsverwarming die zij in privaatrechtelijke verhoudingen met ontwikkelaars is overeengekomen, kunnen heroverwegen.

7 Tot slot

- 7.1 Het voorgaande leidt tot de conclusies zoals die zijn weergegeven in de samenvatting aan het begin van dit advies.
- 7.2 Mocht u naar aanleiding van dit advies nog vragen hebben of een nadere toelichting

wensen dan vindt u ons daartoe uiteraard graag bereid.

0-0-0-0-0-0-0-0-0-0-0-0-0-0-0