

M en R 2023/101

De warmtetransitie: gemeentelijke instrumenten en de verplichte milieueffectrapportage

Mr. E.M.N. Noordover & mr. R.A. Jager, datum 16-10-2023

Datum	16-10-2023
Auteur	Mr. E.M.N. Noordover & mr. R.A. Jager ^[1]
JCDI	JCDI:ADS851348:1
Vakgebied(en)	Milieurecht / Algemeen Milieurecht / Inrichtingen en activiteiten - vergunningen

1. Inleiding

De gebouwde omgeving was in 2021 verantwoordelijk voor 15% van de totale uitstoot van broeikasgassen. De oorzaak van dit aandeel is het warm stoken van woningen en bedrijfsgebouwen van de dienstensector, zoals kantoorgebouwen, met aardgas. De uitstoot door huishoudens is de afgelopen jaren niet af-, maar juist toegenomen. Het aandeel van de huishoudens in de totale uitstoot van de gebouwde omgeving lag vanaf 2005 op circa 70%. Het aandeel is in 2021 toegenomen naar 73,5%.^[2] Hoewel deze toename te verklaren valt vanuit de coronapandemie en het vele thuiswerken wordt in de media een tendens gesignaleerd naar de zogenoemde “dinsdag-donderdagmaatschappij”,^[3] waarin thuiswerken de norm blijft en het warm stoken van de huizen met aardgas, inclusief bijbehorende uitstoot, aanhoudt. Deze nieuwe ontwikkeling benadrukt het belang van het aardgasvrij maken van de woningen om de doelstelling van een reductie van de emissie van broeikasgassen in 2030 met 49% en een volledig klimaatneutraal Nederland in 2050 te halen.^[4]

De verantwoordelijkheid voor het verwezenlijken van de aardgasvrije gebouwde omgeving ligt bij de gemeenten.^[5] Om de gemeenten bij deze opgave te ondersteunen is het interbestuurlijk Programma Aardgasvrije wijken (hierna: Programma aardgasvrij) vastgesteld. Het Programma aardgasvrij is bedoeld als leerprogramma voor de gemeenten, waarbij onder meer de knelpunten in beeld worden gebracht en worden geagendeerd om tot oplossingen te komen. Eén van deze knelpunten is het ontbreken van wetgeving die ervoor zorgt dat woningen verplicht van het aardgas kunnen worden afgeschakeld.^[6] Zoals het Programma aardgasvrij zelf constateert is de “gemeentereis aardgasvrij” dan ook een lange reis.^[7] Anno 2023 staan er echter nog maar zeven jaar op de teller voor de tussendoelstellingen uit 2030. In plaats van het per gemeente uitvinden welke van de vele wegen naar Rome leidt, is het tijd voor eenduidigheid. Deze eenduidigheid moet worden gegeven met de verschillende wet- en regelgeving die in voorbereiding is. De Wet gemeentelijke instrumenten warmtetransitie (hierna: Wgiw) moet snelheid brengen in het aardgasvrij maken van de gebouwde omgeving en introduceert met dat doel voor de gemeenten instrumenten die ervoor moeten zorgen dat het aardgasgebruik in de wijken verplicht kan worden gestopt.^[8]

In deze bijdrage staat dit wetsvoorstel centraal. Daarnaast wordt ingegaan op de instrumenten die de Wgiw introduceert. Wij gaan in op de vraag op welke momenten het opstellen van een milieueffectrapport (hierna: MER) voor een plan verplicht is bij de inzet van verschillende instrumenten door de gemeente. Omdat de beoogde datum van inwerkingtreding van deze wet 1 juli 2024 is,^[9] moeten gemeenten in ieder geval tot dat moment met de huidige regelgeving blijven werken. Daarom gaan wij in deze bijdrage ook in op de huidige regelgeving.

Eerst beschrijven wij kort de instrumenten van de gemeente in de huidige situatie. Dan lichten we de mogelijke plicht tot het opstellen van een plan-MER in de huidige wet- en regelgeving toe. Vervolgens gaan wij achtereenvolgens in op de instrumenten die de gemeente tot haar beschikking heeft in de voorziene wet- en regelgeving om de warmtetransitie vorm te geven, en de verplichting tot het opstellen van een plan-MER bij het gebruik van deze instrumenten. Wij sluiten af met onze conclusie.

2. De huidige instrumenten van de gemeente

Volledigheidshalve wordt onderstaand eerst de onmogelijkheid van het gebruik van het bestemmingsplan en de algemene plaatselijke verordening (hierna: APV) voor het stellen van regels over aardgasgebruik toegelicht. Daarna wordt ingegaan op de instrumenten die de gemeente tot de inwerkingtreding van de Wgiw alvast kan inzetten om de warmtetransitie vorm te geven.

2.1 Het bestemmingsplan en de algemene plaatselijke verordening

In de huidige regelgeving heeft de gemeente geen doorzettingsmacht voor het bereiken van de warmtetransitie. De Gaswet, de Woningwet en het Bouwbesluit 2012 vormen het huidige wettelijke kader voor de levering van aardgas aan de gebouwde omgeving. Kortgezegd zorgt het samenspel van regels in deze wetten ervoor dat het transport van aardgas wordt geborgd en dat bestaande woningen hierop in principe aangesloten moeten kunnen blijven. Hiermee ontstaat een “recht op aardgas” voor de woningeigenaren.^[10] Dit recht op aardgas is belangrijk voor de conclusie dat de gemeente nu geen doorzettingsmacht heeft om woningeigenaren van het aardgas af te schakelen. De gemeente heeft momenteel alleen het bestemmingsplan en de APV tot haar beschikking om burgers bindende regels op te leggen. Beide instrumenten bevatten voor een verplichte afschakeling onvoldoende aanknopingspunten.

In het bestemmingsplan kan de gemeente namelijk geen directe verplichtingen opnemen. Wel kan de gemeente voorwaardelijke verplichtingen opnemen. Dat betekent dat het realiseren van een bestemming afhankelijk wordt gemaakt van het vervullen van een bepaalde verplichting door de woningeigenaar. Deze regels mogen desalniettemin alleen worden opgenomen voor zover zij nodig zijn met het oog op een goede ruimtelijke ordening.^[11] De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) heeft reeds geoordeeld dat over het gebruik van aardgas geen regels in het traditionele bestemmingsplan kunnen worden gesteld omdat dit niet ruimtelijk relevant is.^[12]

Afhankelijk van welk soort alternatieve warmtevoorziening door de gemeente wordt gekozen kunnen wel algemeen bindende regels in het bestemmingsplan worden vastgelegd die ruimtelijke relevantie hebben. Voor elke situatie is, naar ons inzicht, doorslaggevend in hoeverre de realisatie en plaatsing van de alternatieve warmtevoorziening gevolgen heeft voor andere vormen van ruimtegebruik in de omgeving.^[13] Zo is aannemelijk dat de maximale omvang en locatie van warmtepompen in een bestemmingsplan kan worden gereguleerd.^[14] Daarnaast is de verwachting dat de realisatie van alternatieve warmtevoorzieningen, in de vorm van warmtenetten, ondergronds zal plaatsvinden. Dit leidingstelsel is in het huidige recht uitgezonderd van de vergunningplicht voor bouwen en strijdig gebruik.^[15] Los hiervan kan de gemeente de aanleg hiervan desalniettemin reguleren door in het bestemmingsplan te bepalen dat er een vergunning voor aanlegwerkzaamheden is vereist bij bodemroering.^[16] Ook kan de gemeente regels over het warmtenet opnemen in het geval de situering van een warmtenet met bijbehorende installaties gevolgen heeft voor de situering van omliggende (te bouwen) gebouwen en andersom.

Verder heeft de gemeente de APV tot haar beschikking om burgers bindende regels op te leggen. De APV is niet beperkt tot het stellen van regels over de goede ruimtelijke ordening. Hierin kan de gemeente in principe verplichtingen die zien op het aardgasgebruik opnemen. Het probleem met de APV is alleen dat hierin alleen regels mogen worden opgenomen die blijven binnen de grenzen van de hogere wet- en regelgeving. Een verplichting tot het afschakelen van het aardgas is in strijd met de Gaswet en het Bouwbesluit 2012, en is hiermee dus onverenigbaar.^[17]

Al met al leidt dit tot de conclusie dat het huidig wettelijk instrumentarium van de gemeente nog geen mogelijkheid biedt om woningeigenaren dwingend van het aardgas af te schakelen. Dat betekent niet dat de gemeenten nu nog geen buitenwettelijke instrumenten hebben om de warmtetransitie vorm te geven. Deze instrumenten worden in de volgende paragrafen kort besproken.

2.2 De transitievisie warmte

De besluitvorming van de gemeente begint met het vaststellen van de transitievisie warmte. De transitievisie warmte is geen wettelijk instrument maar vloeit voort uit het Klimaatakkoord.^[18] Voor de transitievisie warmte, waarvoor uit het Klimaatakkoord blijkt dat die vóór januari 2022 dient te zijn opgesteld, en geldt voor de periode tot en met 2030, moeten onder andere de verschillende alternatieve warmtevoorzieningen inzichtelijk zijn gemaakt. De definitieve keuze voor de alternatieve warmtevoorziening per wijk hoeft nog niet in de transitievisie warmte te worden vastgelegd. Dat kan ook in een latere fase. Verder moet de gemeente de transitievisie warmte in principe elke vijf jaar actualiseren, maar het staat gemeenten vrij dit vaker te doen.^[19]

Ter illustratie kan worden gewezen op de transitievisie warmte van de gemeente Amsterdam. Daarin is de gemeente verdeeld in diverse buurten die zijn aangewezen voor een warmtenet, lokale bronnen, *all-electric* of een aardgasvrij gasnet.^[20] Ook heeft de gemeente in deze transitievisie een tijdspad per buurt opgenomen en wordt een toelichting op de diverse warmteopties gegeven. Uit de transitievisie warmte moeten later per wijk concrete uitvoeringsplannen voortvloeien.^[21]

2.3 Het uitvoeringsplan

In het uitvoeringsplan moet de gemeente op wijkniveau vastleggen wanneer en hoe een wijk van het aardgas af gaat en welk alternatief voor het aardgas wordt gekozen.^[22] Er is nu nog geen specifieke wet- en regelgeving in werking waarin dit instrument wordt genoemd. In een uitvoeringsplan zal de gemeente moeten onderbouwen welke keuze zij maakt voor een betaalbaar, duurzaam en betrouwbaar alternatief voor aardgas.^[23] Een rondgang bij gemeenten wijst uit dat de meeste gemeenten momenteel nog geen (concept)uitvoeringsplan hebben.

2.4 Het bestemmingsplan verbrede reikwijdte

Naast het ‘gebruikelijke’ bestemmingsplan heeft de gemeente op grond van de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw) de mogelijkheid om gebruik te maken een bestemmingsplan verbrede reikwijdte.^[24] Met gebruik van een bestemmingsplan verbrede reikwijdte - dat ziet op een herstructurerings- of transformatiegebied of aardgasvrije proeftuin - kan de gemeente een gebiedsaanwijzing doen. De gebiedsaanwijzing houdt in dat het college van burgemeester en wethouders (hierna: B&W) van een gemeente een gebied aanwijst als gebied waar zich een warmtenet “of andere energie-infrastructuur bevindt of gaat bevinden die kan gaan voorzien in de verwachte warmtevoorziening”.^[25] In het gebied waarop de aanwijzing ziet mogen geen nieuwe aardgasaansluitingen meer worden aangelegd en worden de bestaande aansluitingen niet vervangen. De gemeente kan hiertoe in het bestemmingsplan verbrede reikwijdte de datum opnemen waarop de verplichting van de netbeheerder om de bestaande aansluitingen te vervangen vervalft.^[26] Daarnaast kunnen in het bestemmingsplan verbrede reikwijdte regels worden gesteld die strekken ten behoeve van het “bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit” en “doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke functies”.^[27] In de nota van toelichting bij de invoering van deze bepaling is toegelicht dat hiermee is bedoeld dat ook duurzaamheidsaspecten in het bestemmingsplan kunnen worden geregeld.^[28] Een voorbeeld hiervan is het toepassen van duurzame energievoorzieningen.^[29] Gelet hierop is het alleszins verdedigbaar dat - ongeacht de aanwezigheid van ruimtelijke relevantie - de gemeente in een bestemmingsplan verbrede reikwijdte ook de alternatieve warmtevoorziening kan bestemmen.^[30]

De gemeente Utrecht heeft hier in Overvecht-Noord gebruik van gemaakt. De reden hiervoor is dat een verbod op aardgas hier door de gemeente als het meest voor de hand liggend en het minst ingrijpend is beschouwd. Deze conclusie werd getrokken omdat in deze wijk (i) de transportleidingen voor aardgas aan vervanging toe

zijn om veiligheidsredenen; (ii) de woningen waar het verbod op ziet al zijn aangesloten op een warmtenet; en (iii) er reeds een gebiedsaanwijzing is gedaan door het college van B&W. Gezien deze omstandigheden is het noodzakelijk en redelijk geacht dat het vanaf 1 januari 2024 in die wijk verboden is om te beschikken over een kookgasaansluiting.^[31] In deze wijk was er dus sprake van een bijzondere situatie die alleen zag op het 'kookgasvrij' maken van de woningen. Hoewel deze bijzondere situatie het gebod tot afschakelen van het aardgas overzichtelijker maakte dan het volledig veranderen van de wijze waarop een woning van warmte wordt voorzien, werpt zij wel licht op de toekomstige mogelijkheden van de gemeente. In hoeverre de gemeente bij het gebruik van de hiervoor besproken huidige instrumenten verplicht is een m.e.r. op te stellen wordt hierna besproken.

3. MER-plicht bij de huidige instrumenten

Of voor de hiervoor genoemde instrumenten een MER moet worden vastgesteld of een m.e.r.-beoordeling moet worden uitgevoerd, volgt uit de Wet milieubeheer (hierna: Wm) en het Besluit milieueffectrapportage 1994 (hierna: Besluit mer 1994). Uit de daarin opgenomen m.e.r.-regelgeving kan worden afgeleid of sprake is van een plan of programma dan wel een vergunning waarvoor een plan- respectievelijk project-MER moet worden opgesteld of een m.e.r.-beoordeling moet worden uitgevoerd. Daarvoor moet worden bepaald (i) op welke activiteit of activiteiten het instrument betrekking heeft; (ii) of de omvang van die activiteit een gegeven drempel overschrijdt; en (iii) of het besluit als zodanig is aangewezen voor een plan- of project-MER of een m.e.r.-beoordelingsplicht. In het hiernavolgende wordt voor verschillende potentieel relevante ontwikkelingen voor de warmtetransitie bepaald of daarvoor verplichtingen uit de m.e.r.-regelgeving voortvloeien.

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet verandert de m.e.r.-regelgeving inhoudelijk niet wezenlijk. Hetgeen hierna wordt beschreven naar huidig recht blijft grotendeels hetzelfde onder de Omgevingswet. In paragraaf 5 van deze bijdrage wordt een korte toelichting gegeven van de systematiek onder de Omgevingswet, voor zover relevant in aanvulling op de hierna gegeven beschrijving naar huidig recht.

3.1 Activiteiten en bijhorende drempels

De toepasselijkheid van de m.e.r.-regelgeving is afhankelijk van de techniek die toegepast gaat worden om een wijk te verwarmen. Hierna wordt een overzicht gegeven van activiteiten die potentieel relevant zijn in het kader van de warmtetransitie.

Uit de transitievisie warmte blijkt op welke wijze een buurt voorzien kan worden van alternatieve warmtevoorzieningen in plaats van een gasaansluiting. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen individuele oplossingen en collectieve oplossingen. Bij de collectieve oplossingen kan worden gedacht aan het warmtenet. Een warmtenet is een infrastructuur van ondergrondse leidingen die warm water vervoeren naar meerdere gebouwen tegelijkertijd. Er is dan dus sprake van een collectieve warmtevoorziening. De temperatuur van het warme water moet voldoende zijn om de woningen te kunnen verwarmen. Het warmtenet heeft een bron nodig voor de levering van warmte. Verschillende opties daarin zijn:^[32]

- Geothermie: maakt gebruik van warmte uit de grond. Bij aardwarmte wordt vanuit minimaal 500 meter onder de grond warm water opgepompt. Dit warme water uit de diepe ondergrond wordt gebruikt om (via een warmtewisselaar) leidingwater te verwarmen.
- Aquathermie: verwarmen en koelen van gebouwen door het gebruik van warmte en koude uit oppervlaktewater, afvalwater of drinkwater. Via een warmtenet wordt koud, lauw of warm water naar de gebouwen getransporteerd.
- Zonne-warmte: energie van zonlicht wordt omgezet in zonnewarmte. Een collector vangt het zonlicht op, zet het om naar warmte die wordt opgeslagen in een buffertank en vervolgens door naar het warmtenet wordt geleid.

- Biomassa en groengas: bio-energie voor collectieve verwarming is het verbranden van vaste, vloeibare of gasvormige biograndstoffen om water te verwarmen. Groengas is gas uit biomassa dat opgewerkt is tot aardgaskwaliteit en via het bestaande gasnet naar de gebouwen kan. Deze laatste technologie valt strikt genomen niet onder de hiervoor gegeven omschrijving van een warmtenet, aangezien er alsnog gebruik wordt gemaakt van gas om te verwarmen, maar is wel aan te duiden als een duurzame warmtevoorziening.
- Restwarmte uit bijvoorbeeld datacenters en industrie: warmte die vrijkomt bij een industrieel productieproces en daarin niet meer economisch rendabel te gebruiken is. Zonder aansluiting op een warmtenet wordt deze hoeveelheid warmte geloosd.

Er zijn dus verschillende alternatieve warmtebronnen beschikbaar. Aangezien het daarmee per gemeente en wijk zal verschillen welke warmtebronnen ingezet kunnen worden, moet ook per transitievisie warmte en uitvoeringsplan worden bepaald of daarin activiteiten zijn opgenomen die vallen onder de m.e.r.-regelgeving. Hierna worden enkele relevante activiteiten uit de bijlage bij Besluit mer 1994 genoemd.

Eén mogelijke activiteit betreft de aanleg van een buisleiding voor het transport van warm water of stoom.^[33] De drempel voor het opstellen van een MER betreft in onderdeel D8.4 van de bijlage bij Besluit mer 1994 een buisleiding van een diameter van 1 meter of meer en een lengte van 10 kilometer of meer. Bij veel warmtebronnen lijkt het voorzienbaar dat daarvoor buisleidingen voor transport van warm water moeten worden aangelegd, tenzij gebruik gemaakt wordt van bestaande infrastructuur. Als er een nieuwe buisleiding wordt aangelegd, moet steeds stil worden gestaan bij de omvang en lengte van de buisleiding voor de toepassing van de drempel.

Een andere optie is diepboring, dan wel een wijziging of uitbreiding daarvan, als sprake is van een geothermische boring.^[34] Bij deze categorie is geen drempel vermeld. De hiervoor genoemde warmtebron geothermie valt natuurlijk onder deze categorie.

De aanleg, wijziging of uitbreiding van werken voor het onttrekken of kunstmatig aanvullen van grondwater is ook een aangewezen categorie. In onderdeel C15.1 van de bijlage bij Besluit mer 1994 is de drempel een hoeveelheid van 10 miljoen m³ of meer per jaar voor directe MER-plicht.^[35] De drempel in onderdeel D voor een m.e.r.-beoordelingsplicht is een hoeveelheid water van 1,5 miljoen m³ of meer per jaar.^[36] Ook deze categorie is relevant voor geothermie.

De oprichting, wijziging of uitbreiding van een installatie bestemd voor de verbranding van afvalstoffen is als categorie aangewezen. De drempel hiervoor is een capaciteit van meer dan 100 ton per dag voor de MER-plicht in onderdeel C, of 50 ton per dag voor de m.e.r.-beoordelingsplicht in onderdeel D.^[37] Verbranding van afval voor warmte uit biomassa kan vallen onder deze categorie.

3.2 Plan-MER-plichtig

Als een besluit betrekking heeft op een activiteit genoemd in kolom 1 van onderdeel C of D van de bijlage bij Besluit mer 1994, dan moet vervolgens worden bepaald of dat besluit is aan te merken als een plan of programma, waarvoor een plan-MER moet worden opgesteld. Daarvoor kan eerst worden gekeken naar de in kolom 3 van onderdeel C en D van de bijlage bij Besluit mer 1994 aangewezen plannen. Als het besluit daarin wordt genoemd, dan moet vervolgens worden bepaald of het kaderstellend is voor de in kolom 4 genoemde project-m.e.r.-(beoordelings)plichtige besluiten.^[38] Niettemin: ook als het besluit niet in kolom 3 is genoemd, kan op basis van de rechtstreekse werking van de SMB-richtlijn sprake zijn van een plan-MER-plichtig plan of programma.

Voor de activiteiten genoemd in paragraaf 3.1, waarvoor de in paragraaf 2 genoemde plannen kunnen worden vastgesteld, is het bestemmingsplan in kolom 3 aangewezen. Als voor de activiteiten binnen dit bestemmingsplan nog vergunningen nodig zijn, die worden genoemd in kolom 4, dan is het bestemmingsplan plan-MER-plichtig.

3.2.1 Plan-MER vanwege rechtstreekse werking SMB-richtlijn

De instrumenten: transitievisie warmte en het uitvoeringsplan zijn als zodanig niet genoemd in kolom 3 van de onderdelen C en D van de bijlage bij Besluit mer 1994. Ook als een instrument niet expliciet wordt genoemd, kan nog steeds sprake zijn van een plan of programma waarvoor een plan-MER moet worden opgesteld. Er is in het Besluit mer 1994 namelijk geen sprake van een limitatieve lijst van plannen en programma's. Uit rechtspraak van de Afdeling kan worden afgeleid dat ook sprake kan zijn van een plan-MER-plichtig plan of programma als een strategische milieubeoordeling als bedoeld in de SMB-richtlijn moet worden opgesteld.^[39] Daarvoor is bepalend of (i) sprake is van een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn; en (ii) het plan of programma kaderstellend is voor de verlening van toekomstige vergunningen voor in de m.e.r.-richtlijn aangewezen projecten. Beide aspecten worden hierna kort toegelicht.

In art. 2 sub a SMB-richtlijn is een definitie opgenomen van plannen en programma's. Volgens deze definitie is sprake van een plan of programma als (i) dit onder meer door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau wordt opgesteld en/of vastgesteld; en (ii) dit door een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling is voorgeschreven. Door het Hof van Justitie is deze eis nader ingevuld door als volgt te overwegen: "[...] blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof dat de plannen en programma's waarvan de vaststelling is geregeld in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarin de voor de vaststelling van deze plannen en programma's bevoegde autoriteiten zijn aangegeven en de procedure voor de opstelling ervan is bepaald, in de zin en voor de toepassing van richtlijn 2001/42 als „voorgeschreven” moeten worden aangemerkt.” Verder verduidelijkt het Hof van Justitie dat plannen en programma's, waarvan de vaststelling is “geregeld” in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, moeten worden aangemerkt als “voorgeschreven”.^[40] Het Hof van Justitie overweegt daarbij dat “de plannen waarvan de vaststelling is geregeld in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarin de voor de vaststelling van deze plannen en programma's bevoegde autoriteiten zijn aangegeven en de procedure voor opstelling ervan is bepaald”, moet worden aangemerkt als voorgeschreven.^[41] Verder heeft A-G Kokott voor het voldoen aan deze eis onder meer van belang geacht of de handelingsvrijheid van het bestuur wordt beperkt en of richtsnoeren worden vastgesteld die ook door particulieren moeten worden gevolgd.^[42]

Aan de eerste eis wordt voor de transitievisie warmte en het uitvoeringsplan in ieder geval voldaan, aangezien vaststelling geschiedt door de gemeente. Bij de tweede eis is het onduidelijk of daaraan voldaan wordt. Er is immers geen wettelijke grondslag op basis waarvan deze instrumenten worden vastgesteld. Hierbij kan wellicht een vergelijking worden gemaakt met de RES 1.0, waarvan om deze reden ook is gesteld dat er geen plan-MER-plicht bestaat.^[43] Daar kan tegenin worden gebracht dat deze instrumenten onder omstandigheden de bevoegdheden van de gemeenten ten aanzien van de vaststelling van een bestemmingsplan of verlening van een omgevingsvergunning beperken of inkaderen. Kortom, het aanmerken als mogelijke plannen of programma's in de zin van art. 2 sub a SMB-richtlijn kan niet generiek worden bepaald, maar is afhankelijk van de inhoud van de transitievisie of het uitvoeringsplan en de beoogde doorwerking daarvan in (kaderstelling voor) de besluitvorming van de gemeente.

Ten aanzien van de toets of sprake is van een kaderstellend karakter heeft de Afdeling bepaald dat daarbij relevant is of het te toetsen besluit (i) kan worden gezien als een groot pakket criteria en modaliteiten; en (ii) wat de relevantie daarvan is voor toekomstige vergunningen. Of en in welke mate wordt voldaan aan deze eisen kan niet in algemene zin vooraf worden vastgesteld, maar zal moeten worden bepaald per geval. Vooral de uitkomst van de toets aan het criterium ‘een groot pakket criteria en modaliteiten’ hangt af van de inhoud van het instrument. Wat de relevantie van het instrument is voor toekomstige vergunningen hangt vervolgens weer af van de juridische status. De Afdeling heeft bij de toetsing hieraan van belang geacht in welke mate latere besluitvorming wordt beperkt.^[44]

Ook hier geldt dat op het eerste gezicht de transitievisie warmte en het uitvoeringsplan niet voldoen aan de eis van kaderstellendheid, nu het de vraag is in welke mate zij kaderstellend kunnen zijn voor concrete vergunningverlening. Wederom zal dit primair afhankelijk zijn van inhoud en status van de genoemde instrumenten. Niettemin is het mogelijk dat voldaan wordt aan deze eis, als in deze instrumenten inhoudelijke kaders zijn opgenomen voor bijvoorbeeld vergunningverlening voor concrete projecten.

4. De instrumenten van de gemeente in de voorziene wet- en regelgeving

Zoals in paragraaf .1 van deze bijdrage besproken staat het bestaande recht op aardgas momenteel aan een verplichte afschakeling van het aardgas en daarmee aan de vereiste doorzettingsmacht voor een geslaagde warmtetransitie in de weg. Er zitten verschillende regelingen in de pijplijn om dit op te lossen. Deze regelgeving wordt eerst kort toegelicht, waarna wordt ingegaan op de instrumenten die de gemeente na de inwerkingtreding van deze wet- en regelgeving kan inzetten om de warmtetransitie te laten slagen.

4.1 De voorziene aanpassingen in de wet- en regelgeving

Ten eerste is belangrijk dat de voorziene aanpassingen in de wet- en regelgeving het bestaande recht op aardgas gaat veranderen in een “recht op warmte”. Om dit te bewerkstelligen is de nieuwe Omgevingswet cruciaal. Bij Koninklijk Besluit is de datum van inwerkingtreding van de Omgevingswet vastgesteld op 1 januari 2024.^[45]

Daarnaast speelt de beoogde Wgiw een cruciale rol in het bieden van het toekomstig instrumentarium aan de gemeente. Het wetsvoorstel is op 29 juni 2023 ingediend en in behandeling bij de Tweede Kamer.^[46] Het moment van inwerkingtreding van de Wgiw moet bij Koninklijk Besluit worden vastgesteld, maar het voornemen is om de inwerkingtreding te laten plaatsvinden op 1 juli 2024.^[47]

Verder is de Wgiw uitgewerkt in het concept Besluit gemeentelijke instrumenten warmtetransitie (hierna: Bgiw) dat diverse aanpassingen aanbrengt in het Besluit bouwwerken leefomgeving (hierna: Bbl), het Besluit kwaliteit leefomgeving (hierna: Bkl) en het Omgevingsbesluit. Onder meer wordt met de inwerkingtreding van het Bgiw de verplichting geïntroduceerd om in een bouwwerk uiterlijk op 1 januari 2050 van een voorziening voor het afnemen en gebruiken van duurzame energie te hebben geïnstalleerd. Hiermee wordt dus een verbod op aardgas geïntroduceerd vanaf 2050.^[48]

Kort gezegd gaat het samenspel van regels ervoor zorgen dat door de gemeente voor burgers bindende regels over aardgasgebruik kunnen worden opgelegd. Dit kan echter niet zonder meer, en ook het eigendomsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten hierbij in acht worden genomen.^[49] De gemeente moet voor het uiteindelijk realiseren van de warmtetransitie dan ook een aantal stappen doorlopen en verschillende instrumenten inzetten. De wettelijk verplichte instrumenten zijn het warmteprogramma en het omgevingsplan. Het uitvoeringsplan is niet wettelijk verplicht, maar vervult een belangrijke rol. De instrumenten worden in het vervolg besproken.

4.2 Het warmteprogramma

Zoals in paragraaf .2 van deze bijdrage is besproken moet een gemeente volgens het Klimaatakkoord reeds een eerste transitievisie warmte hebben opgesteld en moet deze transitievisie warmte elke vijf jaar worden geactualiseerd. De eerste actualisatie moet in 2026 zijn vastgesteld. Het warmteprogramma is de opvolger van de transitievisie warmte en wordt met de inwerkingtreding van de Wgiw in de Omgevingswet verankerd als verplicht programma.^[50] Het instrument van het verplichte programma sluit goed aan bij het warmteprogramma omdat een verplicht programma de uitwerking van het te voeren beleid, ziende op de fysieke leefomgeving, en daarnaast de maatregelen bevat om deze doelen te bereiken.^[51]

Zo geeft het warmteprogramma een belangrijke onderbouwing aan het uiteindelijk gebruik maken van de aanwijsbevoegdheid in het omgevingsplan. Met de aanwijsbevoegdheid kunnen gemeenten in het omgevingsplan gebieden aanwijzen die voor een bepaalde datum moeten overgaan op een duurzaam alternatief ter vervanging van aardgas. Hier wordt in paragraaf .4 van deze bijdrage nader op ingegaan. Dat de onderbouwing hiervoor in het verplichte warmteprogramma moet worden gegeven, waarborgt een zorgvuldig proces waarbij bewoners, gebouweigenaren en andere betrokken partijen tijdig zijn betrokken. Niettemin is het warmteprogramma alleen bindend voor de gemeente zelf; het wordt vastgesteld door het college van B&W. Dat betekent ook dat het warmteprogramma niet openstaat voor bezwaar of beroep.^[52]

In het Bgiw staan alle vereisten waar het warmteprogramma aan moet voldoen. Bepaald is onder meer dat het warmteprogramma in ieder geval een overzicht moet bevatten van de locaties en het aantal daarin aangewezen gebouwen en milieubelastende activiteiten waarvoor een maatwerkregel in het kader van de verduurzaming van de energievoorziening zal worden gesteld. Belangrijk is - bij het opstellen van het warmteprogramma - dat de maatwerkregel uiteindelijk alleen kan worden ingezet voor die locaties die ook al in het warmteprogramma zijn aangewezen als locatie waarvoor het gebruik van aardgas als voorziening op termijn wordt gestopt.^[53] Op het stellen van regels in het omgevingsplan wordt in paragraaf .4 van deze bijdrage nader ingegaan.

Verder is op de huidige transitievisies warmte het generiek overgangsrecht uit de Omgevingswet van toepassing.^[54] Dat betekent dat huidige transitievisies warmte die aan de volgende voorwaarden voldoen gelijk worden gesteld met een verplicht programma, zijnde het warmteprogramma.^[55] Ten eerste moet de huidige transitievisie warmte op of na 23 maart 2016 zijn vastgesteld en voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet van kracht zijn geworden. Hiernaast moet zijn voldaan aan de motiveringseisen voor een programma uit art. 2.24 Ow en de algemene bepalingen voor programma's uit par. 3.2.1 Ow. Daarnaast moet een milieueffectrapportage zijn opgesteld indien de transitievisie warmte een kader vormt voor besluitvorming over m.e.r.-(beoordelings)plichtige activiteiten.^[56] Op deze mogelijke m.e.r.-beoordelingsplicht wordt in paragraaf van deze bijdrage nader ingegaan. De overige procedurele aspecten, bijvoorbeeld de vraag welk bestuursorgaan de transitievisie warmte heeft vastgesteld, zijn niet van belang voor de toepassing van dit overgangsrecht.^[57]

Indien de gemeente een transitievisie warmte wil aanpassen rondom de inwerkingtreding van de Wgiw dan kan zij deze wijziging in procedure brengen bij het college van B&W en de visie daarna laten vaststellen als verplicht programma.^[58]

Als beide hiervoor besproken mogelijkheden niet kunnen worden benut, dan blijkt uit de memorie van toelichting bij de Wgiw dat er op AMvB-niveau nog overgangsrecht wordt opgenomen. Hieraan worden dan wel enkele voorwaarden gekoppeld. Zo wordt als eis opgenomen dat participatie heeft plaatsgevonden, moet bij de voorbereiding de uitgebreide voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 Awb zijn gevolgd en moet een plan-MER zijn opgesteld als de transitievisie warmte het kader vormt voor m.e.r.-beoordelingsplichtige projecten.^[59]

Aangezien een rondgang door de huidige visies uitwijst dat zelden tot nooit een MER is opgesteld voor de huidige transitievisies warmte is het des te belangrijker om na te gaan in welke gevallen het opstellen hiervan wel verplicht was. Het overgangsrecht is immers niet van toepassing is in het geval een plan-MER ten onrechte niet is opgesteld.

4.3 Uitvoeringsplan

Het uitvoeringsplan is ook na de inwerkingtreding van de voorziene wet- en regelgeving niet wettelijk geborgd. De basis voor het uitvoeringsplan ligt in het Klimaatakkoord, waarin is afgesproken dat het warmteprogramma wordt uitgewerkt in een uitvoeringsplan. Het uitvoeringsplan is een belangrijke onderbouwing voor de wijziging van het omgevingsplan. Het plan heeft namelijk betrekking op één of meer wijken waarvoor de gemeente in een warmteprogramma heeft aangegeven gebruik te gaan maken van de aanwijsbevoegdheid. Dit uitvoeringsplan moet in samenspraak met bewoners, gebouweigenaren, netbeheerders en andere belanghebbenden worden opgesteld. In dat kader kan de gemeente ervoor kiezen om het uitvoeringsplan als vrijwillig programma onder de Omgevingswet vast te stellen.^[60] Het is van meerwaarde om een uitvoeringsplan als onverplicht programma vast te stellen omdat het dan als beleidsdocument de maatregelen kan weergeven om op een actieve wijze de doelstelling van een aardgasvrije gebouwde omgeving te bereiken. Door een dergelijk beleidsdocument vast te stellen kan dan later bij het vaststellen van het omgevingsplan rekening worden gehouden met de opgenomen maatregelen. Zo kan er op het uitvoeringsplan worden teruggevallen als er acties van andere partijen nodig zijn voor het realiseren van beleid. In het uitvoeringsplan als programma kan dan bijvoorbeeld worden opgenomen welke acties, volgens welke planning, nodig zijn van netbeheerders en gebouweigenaren.^[61]

De verwachting van de wetgever is dat er in de uitvoeringsplannen tot 2030 voornamelijk gekozen zal worden

voor een warmtenet of *all-electric* oplossing voor de aangewezen wijken. Dat betekent dat er in het uitvoeringsplan ook moet worden verduidelijkt wat de warmtebehoefte of het minimale isolatieniveau van de woningen is om over te kunnen stappen op een duurzaam alternatief.^[62]

Daar komt bij dat - bij de keuze voor een warmtenet - een samenloop ontstaat met de Wet collectieve warmtevoorziening. Op basis van deze nog in procedure zijnde wet stelt de gemeente een gebied vast waarbinnen de gemeente van plan is om een warmtenet te gaan realiseren. Dit gebied wordt een warmtekavel genoemd. Binnen dat warmtekavel wijst het college van B&W vervolgens een warmtebedrijf aan. Dit warmtebedrijf draagt de verantwoordelijkheid voor de realisatie van het warmtenet en leveringszekerheid van de warmte binnen het warmtekavel. Op zijn beurt stelt het warmtebedrijf hiertoe een uitgewerkt kavelplan op. Dat kavelplan bevat, kortgezegd, inzicht in het ontwerp van de realisatie van het warmtenet, de uitvoering hiervan en de wijze waarop de leveringszekerheid wordt geborgd. Dit uitgewerkte kavelplan bevat dan weer belangrijke input voor het uitvoeringsplan omdat dit het totaaloverzicht biedt om tot een uiteindelijke transitie naar het warmtenet en een aansluiting van de woningen hierop te komen. Dat brengt met zich dat het uitvoeringsplan moet worden opgesteld in samenwerking met het warmtebedrijf in het geval de gemeente kiest voor een warmtenet als warmtealternatief.^[63]

Gezien het voorgaande lijkt het uitvoeringsplan - hoewel niet wettelijk verplicht - toch feitelijk verplicht omdat het dient als een belangrijke onderbouwing voor het uiteindelijk wijzigen van het omgevingsplan.

4.4 Omgevingsplan

Na de inwerkingtreding van de Omgevingswet heeft elke gemeente van rechtswege één omgevingsplan voor het hele grondgebied. Het omgevingsplan bevat, als opvolger van het bestemmingsplan, rechtstreeks bindende regels. De reikwijdte van het omgevingsplan is niet beperkt tot het stellen van regels over de goede ruimtelijke ordening, maar het kan alle aspecten van de fysieke leefomgeving omvatten. Daardoor kunnen in het omgevingsplan ook regels worden opgenomen over de wijze waarop de woningen worden verduurzaamd en de wijze waarop de woningen op een warmtevoorziening worden aangesloten.^[64] Over het ontwerp-omgevingsplan kunnen zienswijzen worden ingediend, waarna beroep bij de Afdeling kan worden ingesteld tegen het vastgestelde omgevingsplan.^[65]

Uit de toelichting bij het concept Bgiw blijkt dat het uitvoeringsplan (eventueel als onverplicht programma) een belangrijke onderbouwing is voor de wijziging van het omgevingsplan.^[66] Daarnaast moet de gemeente dus verplicht een warmteprogramma hebben met daarin de aanwijzing van de diverse locaties als zij gebruik maakt van de aanwijsbevoegdheid.^[67] Met deze bevoegdheid kan de gemeente in het omgevingsplan dan een aanwijzing opnemen van de wijken die ook in het warmteprogramma zijn opgenomen.^[68]

In het omgevingsplan kan vervolgens een maatregel worden gesteld. Hiermee kan de gemeente in het omgevingsplan bepalen dat een wijk eerder dan 1 januari 2050 van het aardgas af moet en op dat moment moet zijn aangesloten op een alternatieve warmtevoorziening. In het omgevingsplan wordt dan voor de aangewezen geometrisch begrensde wijken opgenomen welk warmte-alternatief wordt gerealiseerd en wanneer het transport van aardgas naar deze wijk stopt. Logischerwijs moet de gemeente in de maatwerkregel ook bepalen op welke alternatieve warmtevoorziening de woningen worden aangesloten. Hierbij moet de gemeente zich ervan vergewissen dat de alternatieve warmtevoorziening ook daadwerkelijk beschikbaar is voordat het transport van aardgas wordt stopgezet.^[69] Ook kan het zo zijn dat de gemeente nog geen zicht heeft op welk duurzaam warmtealternatief in een wijk kan worden gekozen. In die wijken hoeft het omgevingsplan nog niet te worden gewijzigd, maar kan middels een uitvoeringsplan worden gekozen voor isolatie van nu nog slecht geïsoleerde woningen. Als er dan wel zicht is op het alternatief kan de gemeente opnieuw een uitvoeringsplan vaststellen en daar het omgevingsplan op aanpassen.^[70]

Voorts bevat het omgevingsplan de regels over de uitvoering en de aanleg van de aangewezen alternatieve warmtevoorziening en moet bij het stellen van regels rekening worden gehouden met de haalbaarheid en betaalbaarheid van de maatregelen, alsmede de totale kosten en gevolgen voor de maatschappij.^[71] Voor het halen van de deadline van 1 januari 2050 is het belangrijk dat de gemeente in het omgevingsplan een redelijke termijn moet opnemen waarop het gebruik van aardgas wordt stopgezet. De indicatie die hiervoor in de

toelichting bij het concept Bgiw wordt gegeven is acht jaar tussen het besluit en de daadwerkelijke verplichte afschakeling. De termijn kan echter ook korter of langer duren als dat nodig is, bijvoorbeeld gelet op de aard van de bebouwing en de planning van de netbeheerder.^[72]

In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de mogelijke plan-MER-plichten bij de inzet van de hiervoor besproken instrumenten.

5. MER-plicht bij de nieuwe instrumenten

In de vorige paragraaf zijn drie verschillende instrumenten beschreven, namelijk (i) het warmteprogramma; (ii) het uitvoeringsplan; en (iii) het omgevingsplan. Zijn deze instrumenten potentieel plan-MER-plichtig? Om die vraag te beantwoorden, moet eerst kort worden stilgestaan bij de toepassing van de m.e.r.-regelgeving onder de Omgevingswet.

5.1 Plan-MER-plicht onder de Omgevingswet

Het uitgangspunt is dat er met de Omgevingswet geen significante veranderingen optreden in de m.e.r.-regelgeving. Als gevolg daarvan is de uiteenzetting van de m.e.r.-regelgeving naar huidig recht, zoals gegeven in paragraaf 3, ook onder de Omgevingswet nog relevant. Dit uitgangspunt klopt tot op zekere hoogte: voor de plan-MER zijn er wel twee relevante wijzigingen, die hierna worden beschreven.

Voor het bepalen of een plan of programma plan-MER-plichtig is, wordt onder de Omgevingswet geen limitatieve lijst van als zodanig genoemde besluiten meer gebruikt. In plaats daarvan worden enkele besluiten bij naam genoemd. Daarnaast moet worden getoetst aan de criteria uit de SMB-richtlijn.^[73] Een programma en een omgevingsplan zijn in ieder geval aangewezen als een plan of programma waar mogelijk een plan-MER voor moet worden opgesteld. Verder zijn plan-MER-plichtig (i) plannen en programma's als bedoeld in art. 2 sub a SMB-richtlijn, waarvan de vaststelling is geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen en waarin het bevoegde bestuursorgaan en de procedure voor de opstelling van het plan of programma is vastgelegd; en (ii) als dat plan of programma het kader vormt voor te nemen besluiten voor aangewezen projecten. Kortom, hiermee is het toetsingskader voor het bepalen van de plan-MER-plicht voor een plan of programma dat eerder is omschreven in paragraaf 3.2, formeel vastgelegd in de Omgevingswet.

Onder de Omgevingswet komt ook de plan-m.e.r.-beoordeling terug, maar dan meer generiek geformuleerd. Waar in het huidige recht enkel sprake kan zijn van een plan-m.e.r.-beoordeling als sprake is van een potentiële plan-MER-plicht op basis van een passende beoordeling,^[74] wordt onder de Omgevingswet de mogelijkheid opgenomen om een m.e.r.-beoordeling uit te voeren voor elk plan of programma, mits (i) hierin het gebruik wordt bepaald van kleine gebieden op lokaal niveau; of (ii) het kleine wijzigingen van een plan of programma betreft.^[75] Ten aanzien van de eerste optie heeft het Hof van Justitie al eerder verduidelijkt dat "op lokaal niveau" vereist is dat het plan of programma door een lokale instantie, en niet door een regionale of nationale instantie, wordt opgesteld en/of vastgesteld. In de Nederlandse situatie komt dit neer op een plan of programma van een gemeente. Aangezien het gebruik van "kleine gebieden" (naast de vaststelling op lokaal niveau) als voorwaarde wordt gesteld, acht het Hof van Justitie verder van belang dat de omvang van het betrokken gebied, vergeleken met die van het grondgebied van de gemeente, gering moet zijn.^[76] De toepassing van deze mogelijkheid voor een plan-m.e.r.-beoordeling is voor instrumenten voor de warmtetransitie best denkbaar, als bijvoorbeeld sprake is van een wijkgerichte aanpak in een grote gemeente en dus slechts een klein deel van het grondgebied wordt geraakt.

Wat de activiteiten die zijn aangewezen voor de m.e.r.-regelgeving betreft: daarin vindt met de Omgevingswet geen verandering plaats. Er vindt wel enige hergroepering plaats van de projecten zelf. Verder komen de huidige drempelwaarden uit onderdeel D van de bijlage bij Besluit mer 1994 te vervallen. Daarmee vervalt het onderscheid tussen de vormvrije en formele m.e.r.-beoordeling, zoals onder huidig recht nog bestaat. Dit onderscheid heeft echter in de praktijk al weinig waarde gehad doordat de inhoudelijke eisen voor beide vormen van toetsing vergaand hetzelfde zijn.

5.2 Plan-MER voor de nieuwe instrumenten?

Het warmteprogramma is onder de Omgevingswet een verplicht programma. Aangezien de Omgevingswet dergelijke programma's aanwijst als een plan of programma in de zin van art. 2 sub a SMB-richtlijn, hoeft niet separaat te worden getoetst of sprake is van een plan of programma in de zin van dat artikel. Wel moet nog worden vastgesteld of het warmteprogramma kaderstellend is voor besluiten voor projecten die zijn aangewezen voor een m.e.r.-(beoordelings)plicht. Als bijvoorbeeld in het warmteprogramma normen of voorwaarden (criteria en modaliteiten in de tekst van het Hof van Justitie) worden gesteld voor het uitvoeren van boringen voor geothermie, onttrekkingen en infiltratie van grondwater of de aanleg van buisleidingen voor warm water, dan is een plan-MER-plicht reëel voor het warmteprogramma, aangezien voor dergelijke activiteiten nog vergunningverlening op projectniveau nodig zal zijn. Ten aanzien daarvan kan worden gedacht aan de ligging, omvang of gebruiksvoorwaarden van dergelijke projecten en aan eventuele milieunormen voor potentiële effecten.

Of het uitvoeringsplan ook plan-MER-plichtig kan zijn, is minder evident. Het is in ieder geval geen verplicht programma en ook verder niet expliciet aangewezen als een plan of programma in de zin van art. 2 sub a SMB-richtlijn. Wel is het mogelijk om het uitvoeringsplan vast te stellen als een vrijwillig programma, zoals we eerder in dit artikel beschreven. In dat geval is in ieder geval voldaan aan art. 2 sub a SMB-richtlijn. Indien dit echter niet gebeurt, dan moet aan de hand van de criteria volgens de SMB-richtlijn worden bepaald of een plan-MER-plicht bestaat. Het uitvoeringsplan is weliswaar niet wettelijk voorgeschreven, maar desalniettemin wordt daaraan waarde gehecht voor de verdere uitwerking van in ieder geval een wijziging omgevingsplan. Als zodanig kan het uitvoeringsplan de verdere uitwerking in concrete besluitvorming sturen en dus voldoen aan de criteria uit de rechtspraak voor art. 2 sub a SMB-richtlijn. Gezien dit doel van het uitvoeringsplan onder de nieuwe regelgeving is ook de verwachting dat het uitvoeringsplan eerder is aan te merken als een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn dan onder huidig recht het geval is.

Of het uitvoeringsplan vervolgens ook kaderstellend is voor besluiten voor projecten is afhankelijk van de concrete invulling van de duurzame warmtevoorziening die de gemeente voorstaat. Als bijvoorbeeld in het warmteprogramma het voornemen bestaat om bij vergunningverlening voor boringen voor geothermie, onttrekkingen en infiltratie van grondwater of de aanleg van buisleidingen voor warm water normen of voorwaarden te hanteren, dan is een plan-MER-plicht reëel, net als hiervoor is opgemerkt ten aanzien van het warmteprogramma.

Hetgeen hiervoor is beschreven ten aanzien van het warmteprogramma en het uitvoeringsplan geldt uiteraard ook voor de wijziging van het omgevingsplan die volgt op de eerste twee instrumenten. Specifiek voor de wijziging van het omgevingsplan is dan relevant of er nadien nog verdere vergunningverlening nodig is voor de realisatie van het project, of dat dit op basis van het omgevingsplan bij recht mogelijk is. Indien dit laatste het geval is, dan is er geen sprake meer van kaderstelling voor een aangewezen project en komt een plan-MER-plicht niet meer ter sprake.^[77]

5.3 Terzijde: omschrijving project buisleiding voor warm water onder de Omgevingswet

Voor de volledigheid nog een terzijde die tijdens het onderzoek voor dit artikel naar boven kwam. Dit betreft de verandering in de aanduiding van het project buisleidingen voor transport van warm water onder de Omgevingswet. Zoals in paragraaf 3.1 van dit artikel beschreven, is naar huidig recht een buisleiding voor het transport van warm water of stoom aangewezen met een drempel in onderdeel D van een diameter van 1 meter of meer en een lengte van 10 kilometer of meer. Onder de Omgevingswet wordt in het Omgevingsbesluit een aanpassing gemaakt in de aanwijzing van dit project. Het project buisleiding voor transport van warm water wordt verder zonder enige beperking of drempel aangewezen en samen gegroepeerd met een buisleiding voor o.a. het transport van gas en olie. Voor dit project geldt dan een m.e.r.-beoordelingsplicht bij aanleg, wijziging of uitbreiding van een buisleiding voor warm water, ongeacht omvang en lengte.

Aangezien het opvalt dat er voor de buisleiding voor het transport van warm water in het Omgevingsbesluit

geen geval is opgenomen en daarmee geen beperking van de toepassing van de m.e.r.-beoordeling, is gekeken naar de formulering van dit project in de m.e.r.-richtlijn. Daarin wordt als project wel genoemd de pijpleiding voor onder meer gas en olie. Echter, er is geen project buis- of pijpleiding voor het transport van warm water in de m.e.r.-richtlijn opgenomen. Wel kent de m.e.r.-richtlijn het project industriële installaties voor het transport van gas, stoom en warm water. Dit roept de vraag op of de Nederlandse implementatie van dit project correct is of niet onnodig streng, waarmee sprake kan zijn van een nationale kop voor dit project. Want is een industriële installatie voor transport hetzelfde als een buisleiding? Daarbij kan op basis van de m.e.r.-richtlijn ook de aanname worden gedaan dat een industriële installatie en een buisleiding twee verschillende projecten zijn.

6. Conclusie

Voor het realiseren van de warmtetransitie hebben gemeenten nu nog weinig juridische instrumenten in handen. De wel beschikbare instrumenten, zijnde het bestemmingsplan (al dan niet met verbrede reikwijdte), de APV, transitievisie warmte en het uitvoeringsplan, geven maar in beperkte mate ruimte om de warmtetransitie af te dwingen. Na inwerkingtreding van de Omgevingswet en de Wgiw met het Bgiw bieden de instrumenten warmteprogramma, uitvoeringsplan en omgevingsplan meer doorzettingsmacht om de warmtetransitie te realiseren.

In hoeverre voor de verschillende bestaande instrumenten voor de warmtetransitie een plan-MER moet worden gemaakt, is niet eenduidig vast te stellen. Wel zijn verschillende technologieën, die kunnen worden toegepast als duurzame warmtebron, aan te merken als activiteiten waarop de m.e.r.-regelgeving van toepassing is. Als gevolg daarvan kunnen de instrumenten, waarin dergelijke technologieën worden uitgewerkt voor de warmtetransitie, ook plan-MER-plichtig zijn, mits voldaan wordt aan het daarvoor geldende toetsingskader. Zoals in deze bijdrage beschreven zijn de huidige instrumenten transitievisie warmte en uitvoeringsplan mogelijk plan-MER-plichtig, maar is dit primair afhankelijk van de inhoud en de status van die instrumenten.

Het al dan niet verplicht uitvoeren van een plan-MER staat natuurlijk los van de vrijwillige mogelijkheid om een plan-MER te maken. Een dergelijk vrijwillig plan-MER biedt specifiek voor de transitievisie wel het voordeel dat daarmee onder de nieuwe regelgeving potentieel sprake is van een warmteprogramma.

Onder de Omgevingswet staat in ieder geval vast dat het warmteprogramma plan-MER-plichtig kan zijn, mits het kaderstellend is voor aangewezen projecten. Het uitvoeringsplan kan in ieder geval plan-MER-plichtig zijn als dit wordt vastgesteld als een vrijwillig programma. Daarnaast kan het uitvoeringsplan ook plan-MER-plichtig zijn, doordat onder de Omgevingswet een open formulering wordt gebruikt voor het vaststellen van een plan-MER-plicht.

Het uitvoeren van een plan-MER op verschillende momenten in het besluitvormingsproces over de warmtetransitie kan behulpzaam zijn bij het in beeld brengen van de verschillende alternatieve warmtebronnen en aansluitmogelijkheden. Door daarbij steeds nader in detail te treden in elke stap van de besluitvorming kan steeds specifieker worden bepaald op welke wijze de gebouwde omgeving van het gas af kan gaan.

Voetnoten

[1] Mr. E.M.N. Noordover is werkzaam als advocaat bij NewGround Law in Amsterdam. Mr. R.A. Jager is werkzaam als advocaat in dienstbetrekking bij RWE Renewables Benelux B.V. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

[2] Volgens het CBS: www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-broeikasgassen/welke-sectoren-stoten-broeikasgassen-uit (geraadpleegd op 21 februari 2023)

[3] Zie: fd.nl/bedrijfsleven/1453463/dagkoers-de-dinsdag-donderdagmaatschappij (geraadpleegd 21 februari 2023)

2023).

[4] Zie hierover o.a. R.A. Jager, 'Is het mogelijk om alle woningeigenaren verplicht van het aardgas af te schakelen?', *TO* 2019/4, p. 139; M. Peeters, '2021. Op weg naar klimaatneutraliteit in 2050', *M en R* 2021/1; N. Schrijver, 'De Klimaatwet in mondiaal en Europees perspectief. Over valkuilen en hoe die te dichten', *NJB* 2019/1661; M. Dieperink, 'Klimaat- en energiewetgeving. Zonder visie geen transitie', *NJB* 2021/42.

[5] Energieagenda 2016, p. 66, te raadplegen via open.overheid.nl/documenten/ronl-archief-14a8040f-1bbf-4a6a-b6dd-d0ad90cd9ecd/pdf.

[6] Zie hierover o.a. G.M. Rodenhuis & S. Simonetti 'Hoe kunnen woningen (verplicht) worden afgesloten van het aardgas?', *NTE* 2020, nr. 3; R.A. Jager, 'Is het mogelijk om alle woningeigenaren verplicht van het aardgas af te schakelen?', *TO* 2019/4, p. 139; concept memorie van toelichting bij concept wetsvoorstel Wet gemeentelijke instrumenten warmtetransitie, versie 1, d.d. 20 juli 2022, p. 9.

[7] Zie: aardgasvrijewijken.nl/gemeentereis/default.aspx (geraadpleegd op 21 februari 2023).

[8] Zie ook: R.A. Jager & E.M.N. Noordover, 'De warmtetransitie geslaagd? De samenhang tussen de (toekomstige) wetgeving nader bezien', *NTE* nr. 2, 2022.

[9] [Kamerstukken II 2022/23, 36 387, nr. 3.](#)

[10] Zie art. 6.10 lid 2 Bouwbesluit 2012 jo. art. 10 lid 6 sub a en b jo. art. 10 lid 7 sub a en b Gaswet jo. art. 6.9 lid 1 en 2 Bouwbesluit 2012.

[11] Art. 3.1 Wro.

[12] ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2731. Het zogenoemde "bestemmingsplan verbrede reikwijdte" is hierop de uitzondering, zie par. 2.4 van deze bijdrage voor de nadere toelichting.

[13] M.N. Boeve e. a., *Omgevingsrecht*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2016, p. 229-233.

[14] Zie ook: J.S. Kramer & J. Zweers, 'De warmtepomp: de kansen en uitdagingen voor het omgevingsrecht', *Gst.* 2022/11, p. 63-70, par. 3.

[15] Art. 2 onder 18 sub d van Bijlage II Bor, vanuit het uitgangspunt dat door het warmtenet warm water wordt vervoerd, valt dit niet onder het Besluit externe veiligheid buisleidingen.

[16] Art. 2.1 lid 1 onder b Wabo; vgl. ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2749.

[17] Zie voor een uitgebreide toelichting: R.A. Jager, 'Is het mogelijk om alle woningeigenaren verplicht van het aardgas af te schakelen?', *TO* 2019/4.

[18] www.aardgasvrijewijken.nl/themas/regieenorganisatie/transitievisie+warmte2/wat+is+een+transitievisie+warmte/ (geraadpleegd op 23 februari 2023).

[19] Klimaatakkoord, d.d. 28 juni 2019, p. 27-29; M. Dignum e.a., *Warmtetransitie in de praktijk. Leren van ervaringen bij het aardgasvrij maken van wijken*, Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving 2021, p. 38.

[20] Transitievisie warmte Amsterdam, vastgesteld 30 september 2020.

[21] Klimaatakkoord, d.d. 28 juni 2019, p. 27; M. Dignum e.a., *Warmtetransitie in de praktijk. Leren van ervaringen bij het aardgasvrij maken van wijken*, Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving 2021, p. 38.

[22] Klimaatakkoord, d.d. 28 juni 2019, p. 30.

- [23] www.aardgasvrijewijken.nl/themas/regieenorganisatie/uitvoeringsplan/wat+is+een+uitvoeringsplan/inhoudelijke+up/default.aspx (geraadpleegd op 23 februari 2023).
- [24] Art. 2.4 Chw; art. 7ag lid 2 BChw; [Kamerstukken II 2018/19, 35 013, nr. 21](#) (Amendement); zie [Handelingen II 2018/19](#), nr. 39, item 21.
- [25] Art. 10 lid 7 sub b Gaswet.
- [26] Art. 10 lid 6 en 7 sub b Gaswet jo. art. 1 lid 1 Warmtewet; [Kamerstukken II 2017/18, 34 627, nr. 39](#), p. 4 (Amendement); zie [Handelingen II 2017/18](#), nr. 45, item 16 en in werking getreden op 1 juli 2018 (*Stb.* 2018, 129).
- [27] Art. 7c lid 1 onder a en b BChw.
- [28] *Stb.* 2015, 323, p. 24.
- [29] *Stb.* 2015, 323, p. 24.
- [30] Zie voor een nadere toelichting op de bestemmingsplan verbrede reikwijdte met een warmtenet: T.E.P.A. Lam & J. van Vulpen 'De aanleg van warmtenetten in proeftuingemeenten', *TBR* 2019/155.
- [31] Hfdst. 4 en par. 6.5 Chw bestemmingsplan Kookgasvrij Overvecht, vastgesteld op 1 december 2022.
- [32] Zie bijvoorbeeld de brochure van NVDE 'Warmtebronnen in de Regionale Energie Strategie', juni 2019; of Energie Nederland, '20 good practices in de warmtetransitie', september 2020.
- [33] Categorie D8.4 van bijlage Besluit mer 1994. Zie hierover ook ABRvS 10 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1829.
- [34] Categorie D17.2 van bijlage Besluit mer 1994.
- [35] Categorie C15.1 van bijlage Besluit mer 1994.
- [36] Categorie D15.2 van bijlage Besluit mer 1994.
- [37] Categorie C18.4 respectievelijk D18.7 van bijlage Besluit mer 1994.
- [38] Art. 7.2 lid 2 Wm.
- [39] ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395.
- [40] HvJ EU 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 35 en de daar aangehaalde rechtspraak.
- [41] HvJ EU 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 52.
- [42] Conclusie A-G Kokott 3 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:143, r.o. 80.
- [43] Zie aldus het advies 'Een plan-m.e.r. voor de Regionale Energie Strategie' van een werkgroep van juristen en beleidsexperts van Rijk, provincies, gemeenten, Nationaal Programma RES, netbeheerders en de Commissie voor de milieueffectrapportage d.d. 1 juli 2021.
- [44] ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395.
- [45] Besluit van 20 maart 2023 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Omgevingswet, *Stb.* 2023, 89.

- [46] wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK010405 (geraadpleegd op 2 augustus 2023).
- [47] [Kamerstukken II 2022/23, 36 387, nr. 3](#), p. 90.
- [48] Art. 3.107a lid 3 concept Bgiw.
- [49] Hier gaan wij in dit artikel niet nader op in. Voor een nadere toelichting zie o.a. D.J.G Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015; T. Barkhuysen & M.L. Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlands bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; J. Gerards, *EVRM. Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011.
- [50] Art. II onder B wetsvoorstel Wgiw, [Kamerstukken II 2022/23, 36 387, nr. 2](#).
- [51] Par. 3.2 Ow.
- [52] [Kamerstukken II 2022/23, 36 387, nr. 3](#), p. 30-32.
- [53] Art. 4.25a; 3.107c concept Bgiw; toelichting bij concept Bgiw, p. 39.
- [54] Art. 4.11 Invoeringswet Ow.
- [55] [Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3](#), p. 161-162.
- [56] Art. 4.11 onder b Invoeringswet Ow; par. 16.4.1 Ow.
- [57] [Kamerstukken II 2022/23, 36 387, nr. 3](#), p. 89-90.
- [58] Art. 3.4 Ow; art. II onder B wetsvoorstel Wgiw, [Kamerstukken II 2022/23, 36 387, nr. 2](#).
- [59] [Kamerstukken II 2022/23, 36 387, nr. 3](#), p. 89-90.
- [60] Art. 3.4 Ow.
- [61] [Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3](#) p. 12-13.
- [62] [Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3](#) p. 12.
- [63] Concept memorie van toelichting bij concept wetsvoorstel Wet collectieve warmtevoorziening, p. 12-13, 14, 17, 25-26.
- [64] Zie voor aan nadere toelichting R.A. Jager, 'Is het mogelijk om alle woningeigenaren verplicht van het aardgas af te schakelen?', *TO* 2019/4, p. 139; R.A. Jager & E.M.N. Noordover, 'De warmtetransitie geslaagd? De samenhang tussen de (toekomstige) wetgeving nader bezien', *NTE* nr. 2, 2022.
- [65] [Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3](#), p. 20.
- [66] Toelichting bij concept Bgiw, p. 10.
- [67] Art. 5.131b concept Bgiw.
- [68] [Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3](#), p. 13.
- [69] Art. 4.25a; 3.107c concept Bgiw; toelichting bij concept Bgiw, p. 39; [Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3](#), p. 13.
- [70] [Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3](#), p. 9, 18-20.

[71] Art. 5.131d concept Bgiw.

[72] Art. 5.131b lid 3 concept Bgiw; toelichting bij concept Bgiw, p. 20.

[73] Art. 16.34 jo. 16.36 Ow.

[74] Art. 3 lid 1 Besluit mer 1994; zie voor toepassing van dit artikel ABRvS 19 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1054.

[75] Art. 16.36 lid 3 Ow.

[76] HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:978; door de Afdeling is 1% van het grondgebied in ieder geval aangeduid als een klein gebied, zie ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3910.

[77] Daargelaten de mogelijkheid van een plan-MER-plicht als voor het wijzigingsplan een passende beoordeling moet worden vastgesteld, zie art. 3 lid 1 Besluit mer 1994; zie voor toepassing van dit artikel ABRvS 19 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1054.