

Notitie

voor Gemeente Utrecht
van Georg Huith en Robin Aerts
datum 10 maart 2016
betreft Second opinion Stadsverwarming Leidsche Rijn
zaaknr 11002455

1 Inleiding

- 1.1 U verzocht ons een second opinion te geven over de vraag of de omgevingsvergunningen die na 1 mei 2015 zijn afgegeven voor de bouw van woningen in Leidsche Rijn rechtens correct zijn verleend. Achtergrond van dit verzoek ligt in het feit dat bij de vergunningverlening rekening is gehouden met het zogenaamde equivalent opwekkingsrendement door de stadsverwarming, terwijl recentelijk - in februari 2016 - is gebleken dat dit rendement structureel niet meer door Eneco wordt gehaald.
- 1.2 Voorts verzocht u ons de vraag te beantwoorden welke partij primair verantwoordelijk is voor eventuele schade voortvloeiende uit een slechtere EPC van woningen/gebouwen.
- 1.3 Onderstaand onze (voorlopige) bevindingen op basis van het beperkte dossier dat ons ter beschikking is gesteld. Gelet op de beperkt beschikbare tijd voor deze second opinion, gaan wij onderstaand alleen in op de hoofdlijnen.

2 Energiezuinigheid gebouwen: energieprestatiecoëfficiënt

- 2.1 Op grond van artikel 5.1, eerste lid, van het Bouwbesluit 2012 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 een grenswaarde van ten hoogste 0,4.

Zie:

- Artikel 5.2, eerste lid, Bouwbesluit.

- 2.2 Artikel 5.2, derde lid, Bouwbesluit maakt het mogelijk om gebiedsmaatregelen, zoals warmtenetten, mee te wegen bij het bepalen van de EPC. Concreet mag bij warmtewoningen (woningen die zijn aangesloten op een stadswarmtenet) de

energieprestatie van het (duurzame) restwarmtegebruik in het warmtenet worden toegerekend aan de EPC van de woning. Hierdoor mag bij de bouw van de warmtewoning op isolatiemaatregelen worden bespaard, terwijl toch de wettelijk voorgeschreven EPC-waarde wordt gehaald.

- 2.3 Het meewegen van gebiedsmaatregelen bij het bepalen van de EPC kan op twee manieren. In de eerste plaats kan het bevoegd gezag gebruik maken van het zogenaamde referentierendement. Dit betreft een in NEN 7120 aangegeven vaste waarde. In de tweede plaats bestaat er de mogelijkheid om gebruik te maken van het zogenaamde equivalent opwekkingsrendement. Dit betreft een volgens NVN 7125 te berekenen waarde. Daarmee bestaat de mogelijkheid om uit te gaan van een gunstiger rendement van gebiedsgebonden maatregelen dan het in NEN 7120 opgenomen referentierendement.

3 Equivalent opwekkingsrendement warmtenet Leidsche Rijn

- 3.1 In Leidsche Rijn ligt een warmtenet van Eneco. In oktober 2012 heeft TNO een kwaliteitsverklaring afgegeven voor de periode tot 1 januari 2018. De verklaring is opgesteld volgens NVN 7125. Uit deze verklaring blijkt dat het equivalent opwekkingsrendement van het primaire warmtenet 2,200 bedraagt. Voor het secundaire warmtenet is een kwaliteitsverklaring afgegeven voor een waarde van het equivalent opwekkingsrendement van 1,775. Ook deze verklaring is opgesteld op basis van NVN 7125 en is afgegeven voor de periode tot 1 januari 2018.

4 Afgifte omgevingsvergunningen (activiteit bouwen)

- 4.1 De vraag of een te bouwen bouwwerk voldoende energiezuinig is, wordt beantwoord bij de besluitvorming rond een aangevraagde omgevingsvergunning (activiteit bouwen).

Zie:

- Artikel 2.1, eerste lid, onder a, Wabo.

- 4.2 Ingevolge artikel 2.10, eerste lid, onder a, Wabo – voor zover hier van belang – moet het bevoegd gezag beoordelen of een te bouwen bouwwerk voldoet aan de EPC-waarde. Waar het gaat om woningbouw binnen Leidsche Rijn werd daarbij tot voor kort rekening gehouden met de door TNO afgegeven verklaring voor het equivalent opwekkingsrendement door de stadsverwarming.
- 4.3 Aan deze praktijk is een einde gekomen op 19 februari jl. Uit een bestuurlijk overleg met Eneco op 16 februari bleek dat Eneco het in de door TNO afgegeven verklaring opgenomen equivalent opwekkingsrendement structureel niet meer realiseert, aangezien de geleverde warmte minder duurzaam wordt geproduceerd. Vanaf 19

februari worden de gebiedsmaatregelen binnen Leidsche Rijn daarom meegenomen bij het bepalen van de EPC door gebruik te maken van de in NEN 7120 opgenomen vaste waarde van 1,1 (het zogenaamde referentierendement).

5 Rechtmatigheid afgegeven omgevingsvergunningen (activiteit bouwen)

- 5.1 Uit de commissiebrief van 11 februari 2016 blijkt dat er vanaf mei 2015 voor Leidsche Rijn circa 20 omgevingsvergunningen zijn verleend voor de bouw van ongeveer 240 woningen met stadsverwarming. Als gezegd is de vraag gerezen of deze vergunningen terecht zijn verleend. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Gewezen wordt op het volgende.

Feiten en omstandigheden ten tijde van besluitvorming

- 5.2 De focus ligt op de vanaf mei 2015 verleende vergunningen, aangezien recentelijk bij de gemeente is gebleken dat Eneco vanaf dat moment richting adviesbureaus heeft gecommuniceerd dat zij de in de verklaringen van TNO opgenomen energie-efficiëntie niet meer realiseert. Uit de commissiebrief blijkt dat Eneco dit heeft gedaan door de adviesbureaus te vragen "de eerder toegezonden verklaringen niet langer te vermelden in de programmatuur".

NB. U heeft ons een mail van mevrouw Holman (Eneco) aan de heer Ten Have (adviesbureau Earth) ter hand gesteld, d.d. 1 mei 2015. In deze mail verzoekt Eneco om de verklaringen van TNO niet langer te gebruiken. Uit de mail volgt echter niet dat dit het gevolg is van een structureel leveringsprobleem. Integendeel, in de mail wordt aangegeven dat Eneco "nu niet het opwekrendement uit onze verklaring kan halen" en dat "er hard wordt gewerkt aan alternatieven" maar dat "hierover nog onvoldoende zekerheid bestaat om onze verklaring gestand te kunnen doen".

- 5.3 Een vergelijkbare communicatie richting de gemeente heeft in die tijd niet plaatsgevonden, althans niet op bestuurlijk niveau. Naar wij van u begrijpen, heeft Eneco slechts mondeling en op ambtelijk niveau medegedeeld dat zij de in de verklaringen van TNO opgenomen energie-efficiëntie niet meer realiseert. Binnen de gemeente is deze mededeling opgevat als een tijdelijke afwijking die geen gevolgen heeft voor de berekening van de EPC.

NB. Tijdelijke afwijkingen hebben in de regel geen effect voor het berekenen van de EPC. Daarbij is van belang dat de in de kwaliteitsverklaring van TNO afgegeven waarde van het equivalent opwekkingsrendement zelf een langjarig gemiddelde vormt. Pieken en dalen in het opwekkingsrendement zijn hierdoor verdisconteerd.

- 5.4 Bij de besluitvorming rond de hiervoor genoemde 20 omgevingsvergunningen is bij het berekenen van de EPC daarom uitgegaan van de verklaringen van TNO. Deze handelwijze is juist. Bij de besluitvorming moet immers uitgegaan worden van de op

dat moment bekende feiten en omstandigheden. De omstandigheid dat Eneco de in de verklaringen van TNO opgenomen energie-efficiëntie structureel niet meer realiseert, was ten tijde van de besluitvorming niet bekend, en kon daarom niet worden betrokken in de besluitvorming.

- 5.5 Uit de ons ter beschikking gestelde stukken blijkt niet dat op bestuurlijk niveau eerder de conclusie getrokken had kunnen worden dat bij de berekening van de EPC niet langer gebruik gemaakt kan worden van de verklaringen van TNO. De communicatie van Eneco richting de adviesbureaus medio 2015 leidt niet tot een andere conclusie. Nog daargelaten dat uit de ons ter beschikking gestelde stukken niet blijkt dat de gemeente op de hoogte was van deze communicatie, volgt uit de berichtgeving van Eneco richting de adviesbureaus niet dat sprake is van een structurele afwijking van de in de verklaringen van TNO opgenomen energie-efficiëntie van het stadswarmtenet.

Zie:

- Het hiervoor geciteerde deel uit het mailbericht van mevrouw Holman (Eneco) aan de heer Ten Have (adviesbureau Earth).

- 5.6 Hiermee ligt in lijn dat bij de aanvragen om omgevingsvergunning in de periode mei 2015 tot eind 2015 nog steeds gebruik is gemaakt van het equivalent opwekkingsrendement van 1,775.

NB. Wij wijzen op het SQUIT overzicht woningen nieuwbouw dat wij van u mochten ontvangen.

- 5.7 Hieruit valt af te leiden dat de adviesbureaus in de communicatie van Eneco in mei 2015 geen aanleiding hebben gezien om hun berekeningswijze aan te passen.

- 5.8 Los van het vorenstaande wijzen wij op het volgende.

Leer van de formele rechtskracht

- 5.9 Tegen de verleende omgevingsvergunning hebben rechtsmiddelen opengestaan. Naar wij van u begrijpen, is geen gebruik gemaakt van deze rechtsmiddelen. Daarmee zijn de vergunningen onherroepelijk. Ingevolge vaste jurisprudentie geldt dan de leer van de formele rechtskracht. Dit betekent dat de vergunningen, zowel wat betreft de wijze van totstandkoming als wat betreft de inhoud, in overeenstemming worden geacht met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.

Zie:

- HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heeschk/Van de Akker).

- 5.10 Dit geldt in beginsel zelfs ook, indien als vaststaand mag worden aangenomen dat de vergunningen zouden zijn vernietigd wanneer daartegen tijdig beroep zou zijn ingesteld.

Zie:

- HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heeschk/Van de Akker).

- 5.11 Ook om deze reden kan de rechtmatigheid van de afgifte van de omgevingsvergunningen thans juridisch gezien niet meer ter discussie staan.

6 Aansprakelijkheid aanvullende maatregelen

- 6.1 Ten tweede wenst u te worden geïnformeerd welke partij primair verantwoordelijk is voor eventuele schade voortvloeiende uit een slechtere EPC van woningen/gebouwen als gevolg van het (achteraf) ten onrechte baseren van een EPC berekening op de (te hoge) waarde van het equivalent opwekkingsrendement volgend uit de kwaliteitsverklaring.
- 6.2 Als gezegd, menen wij dat de omgevingsvergunningen rechtmatig zijn verleend. Tot het wijzigen van een rechtmatig verleende onherroepelijke omgevingsvergunning is de Gemeente ingevolge artikelen 2.30 e.v. bevoegd, indien sprake is van één van de daar genoemde wijzigingsgronden. Deze gronden doen zich hier echter niet voor. Om die reden zal een ontwikkelaar niet (snel) genegen zijn aan hogere eisen te voldoen dan uit de omgevingsvergunning volgt. Het ligt dus niet voor de hand dat aanvullende maatregelen zullen worden getroffen die ertoe zullen leiden dat – voor zover sprake is van een overschrijding van de norm uit het Bouwbesluit – alsnog aan die norm wordt voldaan. De Gemeente kan dat in ieder geval niet afdwingen.
- 6.3 Bovenstaande sluit niet uit dat een koper/VVE van een woning/gebouw eventueel de ontwikkelaar/aannemer uit hoofde van zijn overeenkomst nog kan aanspreken de nodige maatregelen te nemen om alsnog aan het Bouwbesluit te voldoen. Dit is echter een civiele kwestie tussen ontwikkelaar/aannemer en koper/VVE, waar de Gemeente in beginsel buiten staat.
- 6.4 Wij schatten de kans dan ook uiterst gering in dat de Gemeente aansprakelijk is voor schade wegens het verstrekken van de omgevingsvergunning. Aansprakelijkheid zou ons inziens eerst aan de orde kunnen zijn indien sprake is van een onrechtmatige (overheids)daad. De enkele omstandigheid dat achteraf moet worden geconstateerd dat door het bevoegd gezag een EPC berekening is geaccepteerd waarvoor een onjuiste waarde is toegepast, valt bezwaarlijk als onrechtmatig te kwalificeren. Dit is mogelijk anders indien de gemeente, handelend in haar hoedanigheid van bevoegd gezag, bekend was of redelijkerwijs behoorde te zijn met de onjuiste invoer van

