



Contact

Postadres Provinciehuis
Postbus 90602
2509 LP Den Haag
T 070 - 441 66 11
www.zuid-holland.nl

Datum
11 november 2024

Ons kenmerk
DOS-2011-0003737
RB-2024-27

Uw kenmerk

Bijlagen
Juridisch kader en verslag
hoorzitting

Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland

Onderwerp
Advies bezwarencommissie

Geachte college,

Hierbij doet de bezwarencommissie u toekomen haar advies over het door VORM Ontwikkeling B.V. en Binckhorsthof Ontwikkeling B.V. (hierna: bezwaarden) ingediende bezwaarschrift d.d. 1 maart 2024 dat is gericht tegen de vaststelling door uw college op 6 december 2022 van het addendum Bodemenergieplan en tegen uw (ongedateerde) brief waarin u het (gebruik van het) addendum aan de omgevingsdienst Haaglanden toelicht.

Voorgeschiedenis en bestreden besluit

Uw college heeft op 3 maart 2020 het bodemenergieplan Binckhorst (hierna: het bodemenergieplan) vastgesteld voor wat betreft de provinciale bevoegdheden. Het bodemenergieplan is volgens haar doelstelling de onderbouwing van het door de gemeente Den Haag (hierna: de gemeente) en de provincie Zuid-Holland (hierna: de provincie) vast te stellen beleidskader voor de wijk de Binckhorst in Den Haag. Het vaststellen van dit beleidskader heeft als doel de ondergrondse inrichting van de Binckhorst met betrekking tot bodemenergiesystemen te regisseren. In het plan zijn beleidsregels opgenomen die betrekking hebben op open en gesloten bodemenergiesystemen.

Op 12 maart 2021 heeft de gemeente het warmteplan Binckhorst (deelgebied Trekvlief-Maanweg) vastgesteld. Hierin is - onder meer en voor zover hier van belang - het volgende bepaald.

(...)

1.2 Het collectief warmtesysteem voor Binckhorst

“Om de energietransitie in Binckhorst te realiseren, is gekozen voor een collectief warmtesysteem van ca. 24 gekoppelde WKO's (het “Net”).

(..)

De locatie van de WKO's worden bepaald aan de hand van het Bodemenergieplan.

Bezoekadres
Zuid-Hollandplein 1
2596 AW Den Haag

Tram 9. Vanaf station
Den Haag CS is het tien
minuten lopen. De
parkeerruimte voor
auto's is beperkt.



(..)

Gemeente Den Haag gaat een openbare aanbestedingsprocedure houden voor de gunning van de concessie voor deze collectieve warmte- en koudelevering aan alle nieuwbouw in het warmteplangebied Binckhorst. Daarbij heeft de gemeente de wens om ook de collectieve zelfbouw en waar mogelijk de bestaande bouw hierop aan te kunnen (doen) sluiten.

(..)

1.3 Waarom is dit warmteplan nodig?

In het Bouwbesluit 2012 is de aansluitplicht op warmtenetten geregeld. Gemeenten hebben de bevoegdheid een warmteplan vast te stellen en daarmee de verplichting voor aansluiting op een warmtenet op te leggen voor nieuw te ontwikkelen bouwwerken (tot het geplande aantal aansluitingen is bereikt), met uitzondering van woningen die particulier worden ontwikkeld (door (collectieve) zelfbouw).

(..)

Warmteplannen beiden daarnaast een kader om te waarborgen dat de duurzame alternatieven op basis van gelijkwaardigheid kunnen worden toegepast. Duurzame alternatieven moeten ten minste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu realiseren als bij aansluiting van een gebouw op het Net. Als een duurzaam alternatief gelijkwaardig of beter scoort op de criteria die opgenomen zijn in het warmteplan, dan vervalt de aansluitplicht op het net.

(..)

3.1 Gebiedsafbakening

(..)

Huidige en toekomstige nieuwbouwwontwikkeling

Vanzelfsprekend is er al een aantal ontwikkelingen gaande in het gebied, die vooralsnog buiten het warmteplan vallen omdat deze ontwikkelingen reeds een vergunning hebben, of omdat deze zich in een vergevorderd stadium bevinden of gekoppeld zijn aan deze ontwikkelingen. Deze nieuwbouwwontwikkelingen die op korte termijn gerealiseerd worden, bevinden zich in figuur 3.1 in de gele cirkels.

Mochten deze ontwikkelingen door onvoorziene omstandigheden niet doorgaan of substantieel vertragen, dan zal dit gebied alsnog tot het warmteplan worden gerekend zodat ook de WKO-locaties die behoren bij de ontwikkelingen, optimaal benut kunnen worden in het Net en de extra nieuwbouw aangesloten kunnen worden op het collectieve warmtesysteem.

(...)"

Bij brief van 2 juni 2021 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente (hierna het college van B&W) aan uw college - onder meer - het volgende bericht: "In aanvulling op het bodemenergieplan ontvangt u hierbij een addendum betreffende een collectiviteitseis voor het deelgebied Trekvljet-Maanweg. Wij verzoeken u het addendum vast te stellen als toetsingskader met betrekking tot uw bevoegdheden aangaande open bodemenergiesystemen."

Bij brief van 5 oktober 2021 heeft uw college aan het college van B&W bericht dat het opnemen van de collectiviteitseis in het bodemenergieplan onvoldoende is om de aanleg van een gebiedsdekkend systeem te vergunnen en dat na aanpassing van de regelgeving door het Rijk, de collectiviteitseis voor het betreffende deel van de Binckhorst zal worden vastgesteld.

Op 6 december 2022, na een herhaald verzoek bij brief van 2 november 2022 van het college van B&W tot vaststelling van het addendum, heeft uw college het addendum vastgesteld. Dit addendum luidt - voor zover hier van belang - als volgt:

“De gemeente Den Haag heeft als één van de energietransitie uitgangspunten gesteld dat zoveel mogelijk gebruik moet worden gemaakt van lokaal aanwezige energiebronnen, alvorens energie van buiten de gebiedsgrenzen wordt aangevoerd. Voor WKO (Warmte-koude-Opslag) bronnen geldt dat deze efficiënter de aanwezige bodempotentie kunnen benutten, wanneer deze gekoppeld zijn en samenwerken, dan wanneer de capaciteiten van meerdere individuele bronnen worden opgeteld. De gemeente Den Haag wenst de energieopwekking ten behoeve van verwarming en koeling aan te besteden in een concessieopdracht. Voor de Binckhorst betekent dit dat een deel van de WKO-posities in het gebied door de provincie Zuid-Holland wordt vergund aan de marktpartij die middels Europese aanbesteding door de gemeente wordt geselecteerd om de opdracht uit te voeren. Alle vergunningaanvragen worden getoetst op deze collectiviteitseis. Om dit te borgen wordt het bodemenergieplan Binckhorst via dit addendum aangevuld met een collectiviteitseis voor het deelgebied Trekvljet Maanweg.”

Uw college heeft bij (ongedateerde) brief aan de omgevingsdienst Haaglanden - onder meer en voor zover hier van belang - het volgende meegedeeld:

“(..)

Voor de Binckhorst betekent dit, dat de WKO-posities in het gebied dat binnen de grenzen van het warmteplan Binckhorst deelgebied Trekvljet-Maanweg (..) valt, door de Provincie Zuid-Holland uitsluitend vergund worden aan de marktpartij die middels Europese aanbesteding door de gemeente wordt geselecteerd om de opdracht uit te voeren. Alle vergunningaanvragen worden getoetst op deze collectiviteitseis.

(..)

Wij verzoeken u daarom bij de vergunningverlening voor open bodemenergiesystemen in het kader van de Waterwet met het addendum op het bodemenergieplan ‘De Binckhorst’ rekening te houden.”

De uitkomst van de Europese aanbestedingsprocedure was dat de gemeente de concessieopdracht ten behoeve van de uitvoering van het warmte- en koudenet in de Binckhorst aan de combinatie Heijmans-Essent (Trekvljet Energy) heeft verleend.

Bezwaarden hebben op 1 maart 2024 bezwaar gemaakt tegen:

- het besluit van het college van B&W d.d. 20 april 2021 tot vaststelling van het addendum;
- het besluit van het college van B&W d.d. 18 oktober 2022 tot vaststelling van het addendum;
- de vaststelling van het addendum door uw college op 6 december 2022 voor zover het uw bevoegdheden betreft;
- de ongedateerde brief van uw college waarin uitleg wordt gegeven over het addendum voor zover deze brief als een besluit in de zin van de Awb valt aan te merken.

Bij brief van 12 maart 2024 zijn bezwaarden in de gelegenheid gesteld de gronden van het bezwaar aan te vullen.

Bij brief van 5 april 2024 hebben bezwaarden de gronden van het bezwaar aangevuld.

Het procesdossier, inclusief twee verweerschriften, is aan partijen gestuurd.

De bezwarencommissie heeft op verzoek van partijen na de hoorzitting de verdere behandeling van het bezwaarschrift aangehouden in verband met nader overleg tussen partijen.

Zoals afgesproken op de hoorzitting heeft uw college bij e-mail d.d. 17 juni 2024 de wijziging van de Waterregeling overgelegd met een toelichting daarop. Bezwaarden hebben bij e-mail d.d. 19 juni 2024 een schriftelijke reactie gegeven.

Bij e-mail van 30 juli 2024 hebben bezwaarden de bezwarencommissie laten weten dat zij wensen dat de bezwarencommissie advies uitbrengt. Bij e-mail van 28 augustus 2024 heeft uw college laten weten dat ook zij een advies van de bezwarencommissie wenst.

Mondelinge behandeling

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunt op de hoorzitting van 6 juni 2024 mondeling toe te lichten. Zowel bezwaarden als uw college heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Het verslag van de hoorzitting is bij dit advies gevoegd.

Bezwaren

Bezwaarden kunnen zich niet verenigen met de in het addendum opgenomen collectiviteitseis waartoe zij het volgende hebben aangevoerd.

Bezwaarden zijn bezig met de ontwikkeling van diverse projecten in de Binckhorst, waaronder het (nieuwbouw)project BoogieWood, bestaande uit kantoren, detailhandel en woningen. Als gevolg van de in het addendum opgenomen collectiviteitseis komen bezwaarden niet meer in aanmerking voor de verkrijging van vergunningen ten behoeve haar projecten in het gebied Trekvliet-Maanweg omdat zij voor de energievoorziening gebruik maken van een WKO-systeem van Eneco en niet van een WKO-systeem van Heijmans-Essent.

De collectiviteitseis verhoudt zich niet met de doelstellingen van de Waterwet en de Omgevingswet nu het uitsluiten van een vergunning voor een open WKO-systeem van een andere partij dan Heijmans-Essent niet een doelstelling of belang is als bedoeld in deze wetten. De per 1 juli 2022 gewijzigde Waterregeling bevat evenmin een grondslag om een vergunning binnen het gebied van het warmteplan en bodemenergieplan uitsluitend aan Heijmans-Essent te vergunnen. Niet valt in te zien hoe een systeem waarbij sprake is van een exclusief recht op een vergunning zich verhoudt tot de rechtspraak inzake schaarse vergunningen. Bezwaarden hebben niet meegedongen naar de concessieopdracht omdat daar op dat moment voor hen geen aanleiding toe was. De collectiviteitseis maakt het tevens onmogelijk voor bezwaarden om een beroep te doen op de gelijkwaardigheidsbepaling uit het Bouwbesluit.

De collectiviteitseis is voorts in strijd met het evenredigheids-, motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel. Bezwaarden zijn al gedurende ongeveer vijf jaar, in nauw overleg met de gemeente, bezig met de ontwikkeling van een aantal projecten in de Binckhorst, waarbij voor de energievoorziening is voorzien in WKO-systemen van Eneco.

Zowel het project BoogieWood als het project Binck City Park verkeren al in een vergevorderd stadium. Pas in november 2023 is meegedeeld dat het addendum in werking was getreden en dat uitsluitend aan de geselecteerde combinatie Heijmans-Essent een vergunning voor een WKO-systeem zou worden verleend. Bezwaarden konden in hun plannen geen rekening houden met dit addendum omdat zij hier niet van op de hoogte waren, het addendum is door uw college niet bekendgemaakt. Ook de gemeente heeft bezwaarden hier niet over geïnformeerd. Als voor de projecten alsnog de aansluitplicht op het warmtenet van Heijmans-Essent zou gaan gelden zal dit tot veel extra kosten en vertraging leiden als een overstap - technisch, financieel en juridisch gezien - al mogelijk is. Niet duidelijk is voorts welk belang met de overstap wordt gediend nu met het WKO-systeem van Eneco eveneens een duurzame energievoorziening wordt gerealiseerd. Uw college heeft geen rekening gehouden met de gevolgen van het addendum voor bezwaarden en of deze gevolgen in evenredige verhouding staan tot de beoogde doelen. De gele cirkels op het plaatje bij het addendum hadden geactualiseerd moeten worden zodat de in totaal zeven projecten van bezwaarden zouden zijn uitgezonderd van het collectiviteitsvereiste.

Het addendum is niet op de voorgeschreven wijze bekend gemaakt zodat het niet in werking is getreden en hieraan geen rechtskracht toekomt voor wat betreft een te verlenen WKO-vergunning. Dit betekent dat Eneco in aanmerking kan komen voor een WKO-vergunning.

Subsidiair geldt dat het addendum zodanig moet worden aangepast dat het door bezwaarden beoogde WKO-systeem van Eneco vergund kan worden, althans dat de collectiviteitseis niet geldt voor de projecten van bezwaarden.

Inhoud verweer

Uw college heeft het volgende verweer gevoerd.

Betwist wordt dat het addendum en de brief besluiten zijn waartegen bezwaar en beroep openstaat zodat de bezwaren niet ontvankelijk verklaard moeten worden. Primair is het standpunt dat nu het bodemenergieplan geen appellabel besluit is het addendum dat ook niet is. Subsidiair geldt dat het addendum niet op rechtsgevolg is gericht en daarom geen appellabel besluit kan zijn. De collectiviteitseis in het addendum maakt onderdeel uit van het toetsingskader van de Waterwet en de Omgevingswet waarbij het belang om zo efficiënt mogelijk bodemwarmte uit de grond te halen een belang is in het kader van het toetsingscriterium van het vervullen van maatschappelijke functies. Het addendum behelst dan ook geen wijziging van dit toetsingskader. Het college is ook niet bevoegd om een wijziging in het wettelijk toetsingskader aan te brengen. Ook de brief aan de omgevingsdienst Haaglanden is geen appellabel besluit omdat het slechts een verduidelijking van de al gemaakte keuze betreft. De brief is daarmee niet op enig rechtsgevolg gericht en is daarmee geen besluit.

Geen sprake is van strijd met het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel omdat bij het vaststellen van het addendum rekening is gehouden met de reeds vergunde WKO-bronnen ten behoeve van destijds bestaande ontwikkelingen die buiten

het warmteplan zijn gehouden. Het project BoogieWoogie van bezwaarden betrof een dergelijke ontwikkeling maar dit project heeft geen doorgang gevonden. Het nieuwe bouwplan BoogieWood staat hier los van nu dit niet de voortzetting van BoogieWoogie betreft maar een ander en nieuw plan. BoogieWood bestond nog niet tijdens de vaststelling van het addendum zodat daar ook geen rekening mee hoefde te worden gehouden in het kader van een eventuele uitzonderingspositie. Bezwaarden hadden bovendien kennis kunnen nemen van het addendum en daar in hun plannen rekening mee kunnen houden.

Nu de aanbesteding voor de concessieopdracht van de gemeente openbaar heeft plaatsgevonden hadden bezwaarden bovendien mee kunnen dingen naar deze zogenaamde schaarse mogelijkheid om een vergunning te verkrijgen.

Voorts geldt dat de bezwaren tegen het addendum in het kader van een exceptieve toetsing kunnen worden opgeworpen in een procedure in het kader van de vergunningaanvraag voor een WKO-systeem.

Juridisch kader

De relevante regelgeving is opgenomen in de bijlage bij dit advies.

overgangsrecht Omgevingswet

Op 1 januari 2024 zijn de Omgevingswet en de Invoeringswet Omgevingswet in werking getreden. Als een aanvraag om een vergunning als bedoeld in artikel 5.1 van de Waterwet is ingediend vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de Omgevingswet blijft op grond van artikel 4.3, aanhef en onder a, van de Invoeringswet Omgevingswet het recht zoals dat gold onmiddellijk vóór dat tijdstip van toepassing tot het besluit op die aanvraag onherroepelijk wordt. Op aanvragen na 1 januari 2024 zijn de Omgevingswet en het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) van toepassing.

Beoordeling

De bezwaren die zijn gericht tegen besluiten van het college van B&W zullen in dit advies buiten behandeling worden gelaten.

ontvankelijkheid – is sprake van een appellabel besluit?

In geschil is tussen bezwaarden en uw college of het addendum een besluit is waartegen bezwaar en beroep openstaat. Volgens bezwaarden zijn zowel het addendum als de brief op rechtgevolg gericht zodat sprake is van besluiten waartegen bezwaar en beroep openstaat. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 10 juni 2020¹ waarin wordt verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 20 december 2017² stellen bezwaarden dat de vraag of uw college bevoegd is om het toetsingskader te veranderen niet relevant is voor de vraag of het addendum op rechtsgevolg gericht kan zijn, maar

¹ ECLI:NL:RVS:2020:1361 (Sinterklaasintocht)

² ECLI:NL:RVS:2017:3514

dat het erom gaat of uw college het rechtsgevolg heeft beoogd. Met het addendum heeft uw college beoogd dat er geen vergunningen voor WKO-systemen in de Binckhorst verleend zullen worden aan anderen dan de partij die door de gemeente is geselecteerd. Dat dit rechtgevolg is beoogd volgt ook uit de brief van uw college aan de omgevingsdienst Haaglanden waarin staat dat vergunningen voor WKO-posities uitsluitend vergund mogen worden aan de partij die door de gemeente is geselecteerd.

Op grond van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt onder een besluit verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Met het begrip rechtshandeling wordt bedoeld een handeling gericht op rechtsgevolg. Een beslissing heeft rechtsgevolg, als zij er op is gericht een bevoegdheid, recht of verplichting voor een of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen of de juridische status van een persoon of een zaak vast te stellen (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 17 maart 2021).³

Naar het oordeel van de bezwarencommissie is het addendum met daarin de voorwaarde dat de door uw college te verlenen vergunning op grond van de Waterwet/ Omgevingswet voor WKO-systemen in (een gedeelte van) de Binckhorst alleen aan de door de gemeente geselecteerde partij mag worden verleend, een publiekrechtelijke rechtshandeling die op rechtsgevolg is gericht en welk rechtsgevolg ook is beoogd. Dat het bodemenergieplan geen (appellabel) besluit is zoals uw college stelt, betekent, voor zover juist, naar het oordeel van de bezwarencommissie nog niet dat een addendum bij dit bodemenergieplan reeds daarom geen besluit zou kunnen zijn. In de Waterwet en de Omgevingswet is bepaald dat de omgevingsvergunning alleen mag worden verleend als de activiteit verenigbaar is met het belang van a) het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, b) het beschermen en verbeteren van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen, en, c) het vervullen van maatschappelijke functies door watersystemen. De bepaling in het addendum dat de vergunning maar aan één specifieke partij mag worden verleend betreft naar het oordeel van de bezwarencommissie een concretisering van dit wettelijk toetsingskader wat het addendum tot een concretiserend besluit van algemene strekking maakt. De stelling van uw college dat het addendum geen besluit is dat op rechtsgevolg is gericht en dat het addendum ook niet noodzakelijk is om, naar de bezwarencommissie begrijpt, een WKO-vergunning te kunnen weigeren als deze niet aan het collectiviteitsvereiste voldoet, valt niet te rijmen met de overweging in het GS-voorstel tot vaststelling van addendum waarin staat (onder het kopje 'proces') dat zonder vaststelling van het collectiviteitsvereiste het collectieve, gebiedsdekkende warmte-koude systeem niet kan worden gerealiseerd en er individuele installaties moeten worden vergund.

Gelet op het hiervoor overwogene is de conclusie van de bezwarencommissie dat het addendum een concretiserend besluit van algemene strekking is waartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

³ ECLI:NL:RVS:2021:556, r.o. 7.2

De (ongedateerde) brief van uw college brengt het addendum onder de aandacht van de omgevingsdienst Haaglanden en licht toe hoe dit moet worden toegepast. Naar het oordeel van de bezwarencommissie betreft deze brief daarom geen publiekrechtelijke rechtshandeling en daarmee geen besluit.

bekendmaking

Het addendum is niet tot één of meer belanghebbenden gericht zodat ingevolge artikel 3:42 van de Awb de bekendmaking van besluiten geschiedt op de in de artikelen 5 onderscheidenlijk 6 van de Bekendmakingswet bepaalde wijze. Dit betekent dat de bekendmaking dient te geschieden door kennisgeving van het besluit in een officieel elektronisch publicatieblad. Nu het besluit volgens uw college alleen op de provinciale website is geplaatst, en niet is gepubliceerd in bijvoorbeeld het provincieblad op www.overheid.nl het besluit niet op de voorgeschreven wijze bekend gemaakt. Hieruit volgt dat ingevolge artikel 3:40 van de Awb het besluit niet in werking is getreden zodat de met het besluit beoogde rechtsgevolgen niet in werking zijn getreden. Omdat het besluit niet in werking is getreden is ingevolge artikel 6:8, eerste lid, van de Awb, de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift nimmer aangevangen. Bekendmaking van een besluit is geen voorwaarde voor de totstandkoming ervan zodat, gelet op het bepaalde in artikel 6:10, eerste lid, aanhef en onder a van de Awb, niet ontvankelijk-verklaring ten aanzien van een vóór het begin van de termijn ingediend bezwaarschrift op grond daarvan achterwege blijft.

bevoegdheid tot vaststelling collectiviteitsvereiste

Uw college heeft een eerder verzoek van het college van B&W tot vaststelling van het addendum bij brief van 5 oktober 2021 geweigerd omdat het opnemen van de collectiviteitseis in het bodemenergieplan onvoldoende was om de aanleg van een gebiedsdekkend systeem te vergunnen. Daarvoor was eerst aanpassing van de regelgeving door de minister nodig. Ook in het onderhavige GS-voorstel tot vaststelling van het addendum wordt verwezen naar de mededeling van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat dat eerst de Waterregeling moet worden aanpast voordat uw college een vergunning kan verlenen ten behoeve van een gebiedsdekkend systeem. Op de hoorzitting heeft uw college toegelicht dat één vergunning voor een WKO-systeem in strijd is met de regels of de rechtspraak inzake schaarse vergunningen maar dat de wijziging in 2022 van de Waterregeling het mogelijk maakte om de collectiviteitseis op te nemen in het addendum. In de begeleidende mail van uw college bij de na de hoorzitting door u toegezonden gewijzigde Waterregeling wordt toegelicht dat door deze wijziging ook erkende ontwerpers de bij een vergunningaanvraag voor een open bodem energiesysteem benodigde SPF-verklaring mogen afgeven, waardoor een vroegtijdige SPF-verklaring gemakkelijker wordt afgegeven, en waardoor het gemakkelijker is om op het juiste moment vergunningen voor collectieve open bodemenergie systemen af te geven. Het is hiermee passender om nu wel eisen over een collectieve open bodem energiesysteem in het beleid op te nemen en daarom kon het addendum met daarin de collectiviteitseis in december 2022 wel worden vastgesteld, aldus uw college.

De bezwarencommissie ziet met bezwaarden niet in hoe de omstandigheid dat de hiervoor genoemde wijziging van de Waterregeling, inhoudende dat naast installateurs ook erkende ontwerpers een SPF-verklaring mogen afgeven, maakt dat uw college nu

wel bevoegd zou zijn om te bepalen dat WKO-vergunningen aan één bepaalde partij moeten worden gegund. Gelet hierop komt de bezwarencommissie tot het oordeel dat niet is gebleken van een wettelijke grondslag voor de verlening van een WKO-vergunning aan één specifieke partij met uitsluiting van andere partijen. Dit betekent naar het oordeel van de bezwarencommissie dat het besluit niet in stand kan worden gelaten.

De overige bezwaargronden laat de bezwarencommissie gelet op het voorgaande buiten bespreking.

Conclusie

De bezwarencommissie komt gelet op het hiervoor overwogene tot de conclusie dat bezwaarden ontvankelijk zijn voor zover hun bezwaren zijn gericht tegen de vaststelling van het addendum door uw college en niet-ontvankelijk voor zover hun bezwaren zijn gericht tegen de brief van uw college aan de omgevingsdienst Haaglanden. Voorts is de bezwarencommissie van oordeel dat het bezwaarschrift gegrond is nu niet is gebleken op grond waarvan uw college bevoegd is om te bepalen dat de vergunning ten behoeve van een WKO-systeem exclusief aan één partij mag worden verleend.

Advies

De bezwarencommissie adviseert:

1. het bezwaarschrift niet-ontvankelijk te verklaren voor zover het is gericht tegen de (ongedateerde) brief van uw college aan de omgevingsdienst Haaglanden;
2. het bezwaarschrift ontvankelijk te verklaren voor zover het is gericht tegen de vaststelling van het addendum;
3. het besluit van uw college d.d. 6 december 2022 tot vaststelling van het addendum te herroepen.

De bezwarencommissie ontvangt te zijner tijd graag een afschrift van uw besluit op bezwaar.

De bezwarencommissie, (voorzitter), (lid), (lid),
 (secretaris).

Aldus vastgesteld.

Bijlage

Juridisch kader

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 1:3, eerste lid:

Onder besluit wordt verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Artikel 3:4:

1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Artikel 3:40:

Een besluit treedt niet in werking voordat het is bekendgemaakt.

Artikel 3:42:

De bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht geschiedt op de in de artikelen 5 onderscheidenlijk 6 van de Bekendmakingswet bepaalde wijze.

Artikel 6:8, eerste lid:

De termijn vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend is gemaakt.

Artikel 6:10, eerste lid, aanhef, en onder a:

Ten aanzien van een voor het begin van de termijn ingediend bezwaar-of beroepschrift blijft niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege indien het besluit ten tijde van de indiening wel reeds tot stand was gekomen.

Artikel 8:3:

1. Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit:
 - a. inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel.
 - b. inhoudende de intrekking of de vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel.
 - c. inhoudende de goedkeuring van een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel of de intrekking of de vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel.

Waterwet

Ingevolge artikel 6.4, eerste lid, aanhef en onder b is het verboden zonder daartoe strekkende vergunning van Gedeputeerde Staten grondwater te onttrekken of water te infiltreren ten behoeve van het bodemenergiesysteem.

Op grond van artikel 6.21 wordt een vergunning geweigerd, voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met de doelstellingen in artikel 2.1. of de belangen zoals bedoeld in artikel 6.11.

Artikel 2.1:

1. De toepassing van deze wet is gericht op:
 - a. voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met
 - b. bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en
 - c. vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.
2. De toepassing van deze wet is mede gericht op andere doelstellingen dan genoemd in het eerste lid, voor zover dat elders in deze wet is bepaald.

Waterregeling

Per 1 juli 2022 is artikel 6.29, eerste lid, onderdeel h, van de Waterregeling aldus gewijzigd dat de SPF-verklaring die bij de vergunningaanvraag moet worden verstrekt zowel door de installateur als de ontwerper van het systeem afgegeven mag zijn. Daarvoor mocht alleen de installateur eend dergelijke verklaring verstrekken.

Voor zover een aanvraag voor een WKO-oplossing na 1 januari 2024 wordt gedaan is de Omgevingswet van toepassing. De betreffende bepalingen luiden als volgt.

Omgevingswet

Op grond van artikel 5.1, tweede lid, onder d, is het verboden om zonder omgevingsvergunning een wateronttrekkingsactiviteit te verrichten voor zover het gaat om een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen geval.

Artikel 5.18

1. Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over het verlenen of weigeren van een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 5.1.
2. Daarbij kunnen regels worden gesteld over de motivering van de beslissing tot het verlenen of weigeren.
3. Artikel 2.32, tweede tot en met zesde lid, is van overeenkomstige toepassing op de regels.

Artikel 5.24

1. Voor een wateractiviteit worden de regels, bedoeld in artikel 5.18, gesteld met het oog op:
 - a. het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste;
 - b. het beschermen en verbeteren van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen;
 - c. het vervullen van maatschappelijke functies door watersystemen.

Besluit kwaliteit leefomgeving

In artikel 8.22 is bepaald dat voor zover een omgevingsvergunning betrekking heeft op een milieubelastende activiteit die gevolgen kan hebben voor watersystemen, en voor zover het gaat om het beschermen van het milieu, de omgevingsvergunning alleen wordt verleend als de activiteit verenigbaar is met het belang van:

- a. het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste,
- b. het beschermen en verbeteren van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen, en;
- c. het vervullen van maatschappelijke functies door watersystemen.

Beleidsregel open bodemenergiesystemen in bodemenergieplannen Zuid-Holland 2016

Artikel II Toepassingsbereik

Deze beleidsregel is van toepassing op het opstellen van bodemenergieplannen, het vaststellen van deze plannen en op vergunningverlening voor open bodemenergiesystemen in (en grenzend aan) bodemenergieplannen die door Gedeputeerde Staten zijn vastgesteld.

Artikel III Bodemenergieplan en vergunningverlening

1. Gedeputeerde Staten kunnen binnen de ambitiegebieden bodemenergie een bodemenergieplan vaststellen.

(..)

2. Bij de beslissing op een aanvraag om een vergunning voor een systeem

a. binnen een plangebied bodemenergie, wordt alleen een vergunning verleend indien de aanvraag voldoet aan het desbetreffende door GS vastgestelde bodemenergieplan.

Aanwezig

Leden commissie en secretaris:

- voorzitter
 - lid
 - lid
 - secretaris

Vertegenwoordigers Gedeputeerde Staten :

(Omgevingsdienst Haaglanden)

Bezwaarmaker VORM Ontwikkeling en Binckhorst Ontwikkeling B.V.

(advocaat Straatman Koster advocaten B.V.)

(adjunct-directeur VORM)

Tevens waren er toehoorders aanwezig.

De voorzitter opent de hoorzitting en stelt aan de orde de behandeling van het bezwaarschrift van van Straatman Koster advocaten B.V. namens VORM Ontwikkeling B.V. en Binckhorsthof Ontwikkeling B.V (hierna: bezwaarden) d.d. 1 maart 2024. De voorzitter meldt dat ten behoeve van het verslag een opname wordt gemaakt van de zitting en dat deze opname wordt vernietigd nadat het verslag is opgesteld. De voorzitter merkt verder op dat nu GS niet het bevoegde gezag zijn voor wat betreft de gemeentelijke omgevingsvergunning, de omgevingsvergunning zelf hier niet aan de orde hoeft te komen.

licht toe dat naast de door de gemeente te verlenen omgevingsvergunning voor nieuwbouwwoningen, tevens een vergunning van GS voor het WKO-systeem nodig is. overlegt pleitaantekeningen die hier als herhaald en ingelast beschouwd moeten worden en die zijn aangehecht aan dit verslag. Buiten de pleitaantekeningen merkt zij op dat tegen het bodemenergieplan zelf geen bezwaar bestaat maar wel tegen het addendum omdat bezwaarden daardoor verplicht worden om met Trekvliet Energy in zee te gaan. Bezwaarden worden als het ware 'gesqueezed' tussen de provincie, de gemeente, Eneco en Trekvliet Energy. Terwijl bezwaarden bezig waren om de vergunningaanvraag bij de gemeente vóór 1 januari 2024 in te dienen, werd in november 2023 plots meegedeeld dat het addendum in werking was getreden met het warmteplan en dat bezwaarden moesten overstappen op Trekvliet Energy.

[] vult aan dat bezwaarden en Eneco gedurende ongeveer vijf jaar bezig zijn geweest met de aanleg, in overleg met de gemeente, van een warmtesysteem in de Binckhorst. Dit systeem wordt voor meerdere projecten gebruikt die ook in aanbouw zijn. Bezwaarden zijn voorts geruime tijd bezig geweest met de voorbereiding van de indiening in december 2023 van de omgevingsvergunning bij de gemeente voor het project BoogieWood. In november 2023 werd echter plots in een algemeen overleg medegedeeld, zonder dat bezwaarden hierin gekend waren of stukken daarover hadden ontvangen, dat het warmteplan in werking zou treden en dat op Trekvlief Energy zou moeten worden aangesloten. Bezwaarden hadden echter de engineering en alle contractvormingen al op Eneco gebaseerd. Het gevolg hiervan is dat een patstelling is ontstaan en dat als bezwaarden met Trekvlief Energy verder gaan, Eneco een claim bij hen zal neerleggen en dat ondertussen 700 nieuwe, betaalbare woningen niet gebouwd kunnen worden. Bezwaarden vinden dit heel zuur zeker ook omdat deze situatie niet door hun toedoen is ontstaan. Zij zouden, en de initiatieven hiertoe komen langzaam op gang, met Eneco en Trekvlief Energy en de gemeente in gesprek willen gaan om te onderzoeken hoe dit opgelost kan worden, maar zij worden vooralsnog gedwongen om het juridische pad te bewandelen. Bezwaarden realiseerden zich overigens pas in februari 2024 wat de precieze implicaties waren van de mededeling in november 2023 dat aangesloten moest worden op Trekvlief Energy. Daarnaast was het ook praktisch gezien gelet op de substantiële wijzigingen die dit meebracht, niet meer mogelijk geweest voor bezwaarden om het ontwerp drie weken voor het indienen van de omgevingsvergunning om te gooien naar een ander systeem omdat alle engineering al was gedaan, de tekeningen al gereed waren en de eindrapporten al waren opgesteld. Daarnaast heeft de aansluiting op Trekvlief Energy ook financiële gevolgen voor bezwaarden omdat dit op een project van 700 woningen tot meerkosten van ongeveer 3 miljoen euro zal leiden, terwijl het project al verlieslatend is.

[] merkt in reactie op de opmerking van GS in het verweerschrift dat bezwaarden zich maar aan het addendum hadden moeten aanpassen, op dat dat niet mogelijk was omdat bezwaarden hier niet van op de hoogte waren. Kijkend naar het door de gemeente opgestelde warmteplan was het de bedoeling van zowel de gemeente als de provincie om de al lopende, in ontwikkeling zijnde projecten, die in het kaartje bij het addendum zijn aangeduid met gele cirkels, erbuiten te laten. Maar deze kaart met lopende projecten is niet meer aangepast sinds maart 2021 terwijl er in de tussentijd wijzigingen hebben plaatsgevonden, zo is bijvoorbeeld het project BoogieWoogie omgezet in het project BoogieWood. De projecten zijn verder ontwikkeld en op het moment dat het addendum er lag was de kaart al niet meer actueel. Uit de stukken blijkt ook niet dat rekening is gehouden met de stappen die door de marktpartijen zijn gezet in de periode na 2021.

Het collectiviteitsvereiste inhoudende dat de provincie zich met de marktwerking mag bemoeien omdat de WKO-vergunning alleen aan partij X en niet aan partij Y mag worden verleend, verhoudt zich niet met de Waterwet en haar doelstellingen en ook niet met de huidige Omgevingswet. Voor wat betreft de rechtspraak inzake schaarse vergunningen geldt misschien dat Trekvlief Energy op basis van een tenderprocedure een vergunning heeft verkregen, maar dat gaat niet op voor bezwaarden en Eneco omdat dat niet in de tijd paste.

[] licht toe dat het standpunt van GS is dat het geen appellabel besluit is omdat het addendum geen rechtsgevolg heeft, zo stelt het niet de rechtspositie van bezwaarden vast. Hooguit geeft het addendum invulling aan het toetsingskader van GS bij de verlening van een WKO - vergunning. Voor zover het addendum als een beleidsregel zou worden aangemerkt geldt dat

beleidsregels niet appellabel zijn. Via de band van de exceptieve toetsing zou het addendum in een vergunningprocedure ter discussie kunnen worden gesteld maar op dit moment ligt er geen vergunning. GS zijn van mening dat het niet onredelijk is om de vergunning af te wachten en dat dit de eigenlijke weg en de eerste mogelijke rechtsingang is om deze kaders ter discussie te stellen voor zover er strijd zou zijn met hogere regelgeving, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of de kaders die de Omgevingswet biedt. Het addendum kan echter op dit moment nog niet aan de orde worden gesteld, nog los gezien van wat GS inhoudelijk van deze argumenten vinden. Nu GS betwisten dat sprake is van een appellabel besluit wordt niet toegekomen aan de vraag op welke wijze het addendum had moeten worden gepubliceerd. Het is niet vereist om de vaststelling van het addendum en de (uitleg)brief in het provinciaal blad te publiceren. Voor wat betreft de vraag hoe zich dat verhoudt tot het toetsingskader voor schaarse vergunningen geldt dat vergunningen voor WKO's naar haar aard schaars zijn. De Waterwet en de Omgevingswet eisen dat de aanwezige bodemwarmte efficiënt wordt gebruikt. Technisch gezien zouden twee suboptimale of niet optimale werkende WKO- systemen elkaar kunnen belemmeren en daarom moet een optimaal systeem worden gecreëerd met in principe één vergunning voor een WKO-systeem maar dat is in strijd met de regels of de rechtspraak inzake schaarse vergunningen. De wijziging in 2022 van de Waterwet maakt het mogelijk om een dergelijke collectiviteitseis op te nemen. De aanbesteding van de gemeente Den Haag heeft openbaar plaatsgevonden via Europese regelinggeving en ook bezwaarden hadden mee kunnen dingen naar deze zogenaamde schaarse mogelijkheid om een vergunning te verkrijgen.

GS zien voorts niet in, ook niet in wat zojuist door bezwaarden is aangevoerd, waarom een uitzondering zou moeten worden gemaakt op de jurisprudentie over appellabele besluiten. GS betwisten dat sprake is van een concreet besluit van algemene strekking. Ter kennisgeving geldt dat over het addendum tevens een bezwaarprocedure bij de gemeente Den Haag loopt waar over twee weken een hoorzitting zal plaatsvinden.

[] merkt op dat op het plaatje bij de tender BoogieWood was uitgesloten van de tender zodat er daarom ook geen aanleiding was voor bezwaarden om in te schrijven op de aanbesteding.

[] licht toe dat naast het project BoogieWood ook Binck City park II was uitgesloten van de tender. Dat zijn de twee projecten die nu discutabel zijn. Eneco heeft dit document gezien en de gele cirkels op de kaart zijn ook bewust met bezwaarden en Eneco geplaatst zodat die projecten uitgesloten zouden worden van de concessie. Dat blijkt ook uit de leidraad. Vervolgens is echter in een nota van inlichtingen bij die concessie, waar bezwaarden pas twee maanden geleden achter zijn gekomen door gesprekken met Trekviët Energy, Binck City Park fase II toegevoegd aan de concessie en zijn de kaarten die in het begin bij de tender zaten gewijzigd. De stelling van GS dat bezwaarden of Eneco hadden kunnen meedingen naar de vergunning is op zichzelf juist maar daar was geen aanleiding voor.

[] merkt op dat in paragraaf 1.6 'Collectiviteitseis', van het addendum, onder het kopje 'Huidige en toekomstige nieuwbouwontwikkeling' staat dat er al een aantal ontwikkelingen gaande zijn en dat die worden uitgesloten, dat zijn de eerder genoemde gele cirkels. De vraag is waarom op het moment dat rekening wordt gehouden met lopende nieuwbouw en een aantal projecten worden uitgesloten, dat dan niet op rechtsgevolg zou zijn gericht.

[] antwoordt dat dit niet zo is omdat moet worden nagegaan wat voor gevolgen dat heeft voor de positie van degene die wil bouwen. Het is niet zo dat het addendum rechtstreeks het toetsingskader vormt voor de omgevingsvergunning. In het Bouwbesluit zijn de gevolgen voor de aansluitplicht bepaald, maar daar geldt ook nog dat een gelijkwaardig alternatief mogelijk is. Het is ook maar de vraag of een nieuwe bouwaanvraag uitgesloten wordt door dit addendum.

[] informeert naar de relevantie van deze alinea in het addendum voor toekomstige nieuwbouwwontwikkelingen. Het lijkt of hierin rekening wordt gehouden met een aantal ontwikkelingen in het gebied, en dat die vooralsnog buiten het warmteplan vallen omdat deze ontwikkelingen reeds een vergunning hebben of omdat deze zich in een vergevorderd stadium bevinden. Uit wat bezwaarden stellen lijkt het in hun geval om ontwikkelingen te gaan die zich in een vergevorderd stadium bevinden.

[] antwoordt dat GS hier anders tegenaan kijken. In juni 2022 is een omgevingsvergunning verleend voor het project BoogieWoogie ten behoeve van ongeveer 579 appartementen, met een bepaald vloeroppervlak ten behoeve van detailhandel, kantoor en maatschappelijke dienstverlening. In het nieuwe bouwplan ging het om een andere oppervlakte en om een andere situering van het bouwterrein, het wordt bijvoorbeeld verlegd naar de Tolschestraat. De vraag is of het een wijziging van ondergeschikte betekenis betreft of dat sprake is van een wezenlijk ander plan. GS stellen dat BoogieWood een totaal nieuwe aanvraag is en dat ten tijde van het vaststellen van het addendum er nog geen sprake was van het project BoogieWood. Volgens GS hoefde er daarom op dat moment geen rekening te worden gehouden met BoogieWood als zijnde de voortzetting van het bouwplan BoogieWoogie of als zijnde een bouwplan dat al in een vergevorderd stadium was. Bovendien speelt ook een rol dat de omgevingsvergunning voor BoogieWoogie onherroepelijk was. Er zou zelfs nog kunnen worden beredeneerd dat bezwaarden in het geheel niet worden belemmerd door de vaststelling van het addendum. Dat het bouwplan geen doorgang vindt is niet aan GS te wijten. Desgevraagd merkt [] op dat de omgevingsvergunning voor BoogieWoogie nog niet onherroepelijk was maar wel al was verleend.

[] merkt op dat het project BoogieWood meer haalbaar is dan BoogieWoogie, maar VORM heeft niet heeft gezegd dat zij BoogieWoogie nooit meer zal realiseren maar daar wordt de vergunning nu ook voor geweigerd.

[] informeert of het addendum met paragraaf 1.6 'collectiviteitseis' beoogt om een aparte paragraaf toe te voegen aan het oorspronkelijke bodemenergieplan omdat in dit bodemenergieplan ook een paragraaf 1.3 met als titel 'doelstelling bodemenergieplan' is opgenomen en hoofdstuk 2 'onderbouwing beleidsregels.'

[] antwoordt dat het in principe een toevoeging is met een aparte paragraaf.

[] merkt op dat in het bodemenergieplan een aantal beleidsregels worden opgesomd terwijl het addendum een aparte paragraaf betreft met een specifieke eis. De vraag is of de collectiviteitseis in de aparte paragraaf 1.6 anders moet worden geïnterpreteerd of anders moet worden uitgelegd dan de beleidsregels die in het oorspronkelijke en nog geldende bodemenergieplan staan.

[] antwoordt dat paragraaf 1.6 van het addendum wordt toegevoegd aan het eerder vastgestelde bodemenergieplan en dat daarmee wordt beoogd dat de collectiviteitseis, en de verdelingssystematiek, onderdeel gaat uitmaken van de invulling van dat toetsingskader. Het toetsingskader zelf volgt dan weer uit artikel 6.10 van (voorheen) de Waterwet en (thans) artikel 8.22 van het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl). Het is zelfs de vraag of het addendum wel noodzakelijk is omdat het toetsingskader dat uit de Omgevingswet voortkomt - waarbij het belang van het vervullen van maatschappelijke functies een toetsingscriterium is wat uit thans de Bkl en voorheen de Waterwet volgt - zo mag worden ingevuld dat het belang in ieder geval is dat zo efficiënt mogelijk bodemwarmte uit de grond wordt gehaald. En GS vinden het daarbij van belang dat de vergunning aan één partij wordt gegund. Het addendum zorgt er voor dat het beleid transparant is en dat ook rekening wordt gehouden met alle feiten en omstandigheden die op dat moment bekend waren. Alleen BoogieWoogie was op dat moment bij GS bekend. Het addendum helpt GS om het beleid, het toetsingskader dat uit de wet volgt, uit te leggen.

[] merkt op dat zij de stelling van GS dat dat de wijziging van de Waterregeling het collectiviteitsvereiste mogelijk maakt niet heeft kunnen teruglezen.

[] licht toe dat GS een eerder gedaan verzoek van de gemeente Den Haag om het addendum vast te stellen hebben geweigerd omdat GS het wettelijk kader toen niet toereikend genoeg vonden om een dergelijke collectiviteitseis op te kunnen nemen. Het tweede verzoek van de gemeente tot vaststelling van het addendum dateert van na de wijziging van de Waterregeling en door de wijziging van het wettelijk kader kon de collectiviteitseis alsnog worden vastgelegd.

[] merkt op dat in de besluitvorming van GS deze wijziging niet te vinden is.

Afgesproken wordt dat [] de wijziging van de Waterregeling naar de secretaris en naar bezwaarden stuurt en dat bezwaarden daar dan vervolgens binnen een week schriftelijk op kunnen reageren.

De voorzitter informeert naar de karakterisering van het bodemenergieplan en het addendum. Er wordt afwisselend gesproken over beleid en beleidsregels. Soms lijkt het alsof het beleid is, maar bij de vraag of een WKO-vergunning mogelijk is wordt de Waterwet genoemd. Wat is concreet gezien de rol van het bodemenergieplan op het moment dat er een vergunningaanvraag wordt ontvangen voor een WKO?

[] antwoordt dat het een beleidsdocument is wat invulling geeft. Er is ook een beleidsregel voor bodemenergieplannen.

[] licht toe dat in het kader van de vergunningverlening er een wettelijke, landelijke toetsing plaatsvindt en dat getoetst wordt aan de provinciale verordening waarin de beleidsregels staan. Meestal is er ook een Omgevingsplan waarin de bodem zoveel mogelijk wordt geordend. De beleidsregels gaan uit van goedkeuring die bewerkstelligt dat iedereen een kans heeft, dus dat alle warmtebronnen zo veel mogelijk bij elkaar liggen omdat die elkaar ondersteunen in de warmte- en koude vraag. In het bodemenergieplan wordt geregeld dat het bodemenergiesysteem in het warme- en koude gebied op een bepaalde diepte moet worden geplaatst.

De voorzitter merkt op dat [] het over beleidsregels heeft en dus niet over beleid. Beleid en beleidsregels hoeven niet hetzelfde te betekenen.

[] constateert dat de vraag of het gaat om een onderbouwing, een toelichting op een beleidsregel, een onderbouwing van een beleidsregel of om een beleidsregel zelf, wat GS betreft voor het oordeel over de appellabelheid van de zaak niet uitmaakt omdat beleidsregels niet appellabel zijn. Geen sprake is hier van algemeen verbindende voorschriften die rechtstreekse werking kunnen hebben voor burgers en bedrijven.

De voorzitter licht toe dat het in het ene geval geen besluit is in de zin van de Awb en in het andere geval is het wel een besluit in de zin van de Awb, maar betreft het een uitgezonderd besluit voor bezwaar en beroep.

[] merkt op dat algemeen verbindende voorschriften een dwingendrechtelijk karakter hebben in het vergunningsspoor. Procederen via de band van de executieve toetsing ligt dan meer voor de hand want bij een beleidsregel zou een bestuursorgaan gemotiveerd kunnen afwijken. Pas bij het besluit op de vergunningaanvraag zal duidelijk zijn hoe ermee om wordt gegaan.

De voorzitter concludeert dat het standpunt van GS luidt dat het ofwel geen besluit is in de zin van de Awb, en dat dus ook geen bezwaar en beroep openstaat, dan wel dat het om een uitgezonderd besluit gaat maar waartegen geen bezwaar of beroep openstaat. De voorzitter vraagt GS te reageren op het standpunt van bezwaarden dat het addendum onevenredig en niet zorgvuldig is.

[] verwijst allereerst naar wat hierover in het aanvullend verweerschrift is opgemerkt. GS zijn van mening dat er voldoende rekening is gehouden met bestaande ontwikkelingen en plannen die al vergaand in de procedure waren, zo is rekening gehouden met de aanwezige vergunning voor BoogieWoogie. In het kader van de bevoegdheidscheiding is het niet aan GS om op perceel niveau alle bestaande bouwontwikkelingen te inventariseren. GS moeten ervanuit gaan dat wat de gemeente Den Haag aanlevert juist is. Bovendien kan de vraag of het juist is dat het project van bezwaarden niet binnen de gele cirkels valt en of een uitzondering van toepassing is, in het vergunningsspoor ter discussie worden gesteld. GS zijn ervan overtuigd dat het addendum zorgvuldig tot stand is gekomen.

[] merkt op dat uit de stukken lijkt te volgen dat GS het addendum klakkeloos van de gemeente hebben overgenomen. Nergens blijkt van een eigen onderzoek door GS en een toets of het besluit zorgvuldig tot stand is gekomen. Als het zorgvuldig was gebeurd had op zijn minst geïnformeerd moeten worden waar het kaartje met de gele cirkels vandaan komt, hoe het er nu uitziet en wat met het tijdsverloop is gedaan. Vergeleken met het eerdere kaartje lijken er allemaal ontwikkelingen uit te zijn gehaald. Voor wat betreft de tender werd door GS zojuist opgemerkt dat de warmte efficiënt word gegund maar dat is niet gebeurd want deze projecten zijn er allemaal uitgelaten. Als bewust is nagedacht over een efficiënte verdeling van de ruimte en besloten wordt om bepaalde projecten buiten de tender te laten, dan moeten die projecten ook bij het besluit of er wel of geen vergunning voor het WKO-systeem kan worden verkregen uitgesloten worden.

[] merkt op dat de betrokkenen, zoals Eneco en bezwaarden, tegen de gemeente Den Haag hebben gezegd dat alles geregeld was, dat de contracten klaar lagen en dat

de betreffende projecten niet in de concessie moesten worden betrokken. Dat is de basisstrekking geweest van het zetten van de gele cirkels op het kaartje. Maar het standpunt van GS nu is dat omdat het plan vertraagd is bezwaarden pech hebben. Bezwaarden achten dit verre van redelijk en niet zorgvuldig. Als bezwaarden verplicht worden om aan te sluiten op Trekvliet Energy hebben de gele cirkels geen waarde gehad toen ze werden gezet en hebben ook de projecten die zijn uitgezonderd van de tender in de tweede (versie van de) kaart geen enkele waarde.

merkt nogmaals op dat hij dit niet zorgvuldig en ook niet redelijk vindt.

merkt op dat de gemeente heeft getenderd voor het hele gebied waarbij vijf projecten erbuiten zijn gehouden, maar het addendum ziet op drie projecten die eruit zijn gelaten en dat rijmt dus niet met elkaar. Als dit de tender is waarmee Trekvliet Energy aan de slag gaat en deze projecten worden eruit gelaten dan moet ook voor de drie projecten een WKO-vergunning kunnen worden afgegeven omdat deze drie projecten anders niets hebben omdat zij tussen wal en schip vallen.

merkt op dat het beeld wordt geschetst dat GS het addendum klakkeloos van de gemeente hebben overgenomen maar bekend was bij GS dat namens Eteck Energie Techniek B.V. in 2021 een incomplete WKO-aanvraag bij de omgevingsdienst Haaglanden ten behoeve van het plan BoogieWoogie, Binckhorstlaan 117 was ingediend, dus het verwijt dat GS daar dan geen rekening mee zouden hebben gehouden valt niet te begrijpen. En de overige aangevoerde punten zijn, wat er verder ook van zij, aan de gemeente om te beoordelen.

reageert dat dit precies het punt is waarom bezwaarden in een 'squeeze' zitten want GS voeren uit wat de gemeente aanlevert, maar dan moet wel een actualiseringsslag plaatsvinden.

De derde en laatste ronde

merkt op dat gelet op de tekst van het addendum bezwaarden van mening zijn dat het een besluit is dat op rechtsgevolg is gericht. Dit volgt ook uit een brief van de gemeente Den Haag, welke brief niet bij de stukken in deze procedure zit, waarin staat: *"Uit de aanvraag blijkt dat u een WKO- oplossing voor ogen heeft, maar op grond van het Addendum bij het bodemenergieplan Binckhorst worden de WKO- posities binnen het warmteplangebied uitsluitend vergund aan Trekvliet Energy. Dit betekent dat Eneco niet in aanmerking zal komen voor een vergunning ingevolge de Waterwet benodigd voor een WKO"*. Hieruit blijkt evident dat het addendum wel degelijk op rechtsgevolg is gericht. Voor zover het al niet uit de tekst van het addendum zelf blijkt, is dit hoe de gemeente bedoeld heeft hoe GS het moeten vaststellen, en zo is het ook letterlijk overgenomen in het addendum. In deze brief staat dus dat bezwaarden voor BoogieWood geen vergunning krijgen omdat moet worden aangesloten op Trekvliet Energy en dat op grond van het addendum geen WKO-vergunning kan worden verkregen.

voegt toe dat zojuist door GS werd opgemerkt dat bezwaarden een aanvraag ten behoeve van een gelijkwaardig systeem kunnen doen, niet zijnde een WKO - systeem, maar dat zou een compleet ander systeem betekenen dat ook niet geschikt is voor 700 woningen. Er is geen rendabel plan te bedenken dat gebruik maakt van bodemenergie zonder dat een WKO-oplossing wordt toegepast. Dus elke vorm van marktwerking wordt hiermee de pas

afgesneden.

[] merkt op dat in de jurisprudentie, bijvoorbeeld het Groningse aanwijzingsbesluit, waarin het ging om gebieden waar wel of niet seksinrichtingen mochten worden gevestigd, als criteria werd gehanteerd dat het een concreet afgebakend gebied moest zijn en dat het helder moest zijn op welke gevolgen het is gericht. Als hier aan deze criteria wordt getoetst is het evident dat sprake is van een concretiserend besluit van algemene strekking zodat ook via die band bezwaar openstaat. De conclusie is dat het hier gaat om een Awb-besluit dat appellabel is.

[] merkt voor wat betreft het in het aanvullende bezwaarschrift aan GS gedane verzoek om ambtshalve het addendum te wijzigen op dat, behalve dat het standpunt van GS luidt dat het hier niet gaat om een besluit en het dus niet appellabel is, GS hebben toegelicht dat politiek gezien een collectief warmtenet wenselijk is. GS hebben ingestemd met het addendum juist vanwege het vervullen van de maatschappelijke functie van het watersysteem. Volgens GS zijn er geen feiten en omstandigheden die ertoe zouden moeten leiden waarom dit ambtshalve zou moeten worden herzien. Dat heeft er vooral ook mee te maken dat BoogieWoogie een nieuwbouwplan is. Bovendien zou een herziening ook de rechtspositie van de partij die nu als winnaar van die aanbesteding uit de bus is gekomen raken. Los van de vraag of BoogieWoogie hier buiten valt, geldt dat deze procedure zich er niet voor leent om dit te bepalen, dat is dan juist iets wat in het kader van de vergunningprocedure aan de orde kan worden gesteld. Dat is niet onredelijk omdat bezwaarden dan een rechtsingang hebben om dat in bezwaar in de vergunningprocedure aan te voeren. En blijkbaar loopt er ook nog een bezwaar tegen de oudere bouwvergunning voor BoogieWoogie. Naar aanleiding van de opmerking van [] dat de projecten BoogieWoogie en BoogieWood door elkaar worden gehaald merkt [] op dat dit niet het geval is en dat GS uiteen hebben gezet wat het verschil is tussen de twee projecten.

[] merkt op dat Trekvliet Energy niet zou worden benadeeld als het standpunt van bezwaarden zou worden gevolgd omdat BoogieWood buiten de tender van Trekvliet Energy valt, het hele plaatje valt er buiten. De door GS zojuist gestelde feiten kloppen niet.

[] licht toe dat het punt is dat er partijen zijn die wellicht belang hebben bij een besluit op een WKO- aanvraag, terwijl er meerdere partijen zijn en andere partijen dan bezwaarden. Als GS al de positie zouden hebben om ambtshalve iets te wijzigen, dan moet er ook met die belangen rekening worden gehouden en daar leent deze procedure zich niet voor.

Bezwaarden en GS komen overeen dat zij nog nader met elkaar in gesprek zullen gaan om te kijken of zij tot een oplossing kunnen komen,

De voorzitter constateert dat de bezwarencommissie volledig is ingelicht. De commissie verneemt nog van partijen of zij tot een oplossing zijn gekomen. Indien dit niet het geval is zal de commissie zal zich gaan beraden en een advies opstellen dat aan GS zal worden uitgebracht. De voorzitter dankt iedereen voor hun komst en sluit de vergadering.

De bezwarencommissie,
aldus vastgesteld.

PLEITAANTEKENINGEN

Bezwaarschriftencommissie
Provincie Zuid-Holland
Zaaknummer: 2024-854157879

--	--

**Namens VORM Ontwikkeling en Binckhorst
Ontwikkeling B.V.**

Inzake

Het bezwaar tegen het Addendum bij het
Bodemenergieplan Binckhorst
naam advocaat

Geachte commissieleden,

1. Mede n.a.v. het verweer van GS, breng ik het navolgende naar voren.

Ontvankelijkheid bezwaar

2. GS voert aan dat het Addendum niet het toetsingskader voor een WKO-vergunning kan aanpassen en daardoor het Addendum niet op rechtsgevolg gericht kan zijn. Echter, de vraag of GS bevoegd is om het toetsingskader te veranderen, is niet relevant. Het gaat er om of GS een rechtsgevolg heeft beoogd (dus niet of GS daadwerkelijk bevoegd was). VORM wijst op de Afdelingsuitspraak inzake de Sinterklaasintocht (ECLI:NL:RVS:2020:1361) waaraan het volgende ontleend:

'Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3514, is voor de vraag of sprake is van een besluit van belang of het bestuursorgaan een rechtsgevolg beoogd heeft en niet of het bestuursorgaan al dan niet bevoegd was om dat rechtsgevolg tot stand te brengen.'

3. Evident is dat GS met het Addendum een rechtsgevolg heeft beoogd, namelijk dat er geen WKO-vergunningen meer verleend zouden gaan worden aan anderen dan de partij die door de gemeente was geselecteerd. Dat staat letterlijk in het Addendum:

'Voor deelgebied Trekvlief-Maanweg betekent dit dat in principe alle WKO-posities in het gebied door de Provincie Zuid-Holland vergund worden aan de marktpartij die middels Europese aanbesteding door de gemeente wordt geselecteerd om de opdracht uit te voeren. Alle vergunningaanvragen worden getoetst op deze collectiviteitseis'.

4. Dat GS een rechtsgevolg beoogde blijkt ook uit de brief van GS aan de omgevingsdienst Haaglanden ('OD') (bijlage 4 bij het bezwaarschrift), waarbij GS de OD instrueert om in het vervolg WKO-vergunningen uitsluitend nog te verlenen aan de gecontracteerde partij conform het Addendum.
5. Terecht stelt GS dat van een rechtsgevolg sprake is indien de beslissing *'er op gericht is een bevoegdheid, recht of verplichting voor een of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen, dan wel de juridische status van een persoon of een zaak vast te stellen* (o.a.: ECLI:NL:RVS:2008:BV3065). Nu het Addendum erop gericht is dat VORM (althans: de door haar gecontracteerde partij Eneco) niet langer in aanmerking kan komen voor een WKO-vergunning, is er sprake van een rechtsgevolg.
6. M.a.w.: het Addendum is op rechtsgevolg gericht en GS heeft dat rechtsgevolg ook voor ogen gehad. Het Addendum is dan ook een Awb-besluit waartegen bezwaar open staat.

Bekendmaking Addendum

7. Vast staat – dat wordt ook niet door GS betwist – dat het Addendum niet op de voorgeschreven wijze bekend is gemaakt, terwijl dit een constitutief vereiste is voor inwerkingtreding. Het Addendum is daarom niet in werking getreden en aan het Addendum komt dan ook geen rechtskracht toe. VORM verzoekt u te overwegen dat Eneco wel degelijk in aanmerking kan komen voor een WKO-vergunning. VORM wijst er nog op dat aan Eneco inmiddels een EMG-verklaring is afgegeven voor het cluster van Binck City Park, dit voor de periode tot 8 mei 2027. Zie: www.bcrq.nl.
8. Overigens, niet alleen voor besluiten (in de zin van de Awb), maar ook voor wet- en regelgeving en beleidsregels geldt dat ze pas in werking kunnen treden nadat ze bekend zijn gemaakt. Ook als het Addendum niet als Awb-besluit heeft te gelden maar als beleidsregel, geldt dat het Addendum niet kan dienen als toetsingskader voor vergunningaanvragen voor WKO's nu het niet bekend is gemaakt. VORM verzoekt u resp GS expliciet in uw advies en in de beslissing op bezwaar op te nemen dat aan het Addendum geen rechtskracht toekomt voor wat betreft een te verlenen WKO-vergunning (lees: omgevingsvergunning voor een milieubelastende activiteit o.b.v. art. 5.1 Ow).
9. De stelling van GS dat als het Bodemenergieplan geen appellabel besluit is, het Addendum dat ook niet kan zijn, doet aan het voorgaande niet af. Het Bodemenergieplan bevat immers 'slechts' generieke beleidsregels. Het Addendum bevat daarentegen een concreet besluit gericht op het kunnen weigeren van een WKO-vergunning aan VORM/Eneco.

Exceptieve toetsing

10. In het verweerschrift wordt verder nog aangegeven dat VORM een appellabel besluit – een WKO-vergunning voor Trekvlief Energie of een weigering van haar bouwaanvraag voor Boogiewood - zou moeten afwachten om op die manier via exceptieve toetsing het Addendum te laten toetsen. Dit bevreemdt, ook nu het zo onredelijk is. Met het ontwikkelen van de bouwplannen voor Boogiewood, Binck City Park, Binck Park, Binck Blocks en Linck in the Binck zijn enkele miljoenen euro's gemoeid. Het zou onredelijk zijn als VORM deze enorme investering zou moeten doen enkel en alleen om een rechtsingang te kunnen krijgen om te kunnen procederen tegen het Addendum. Ook dit is derhalve geen valide argument om VORM een rechtsingang te onthouden.

Evenredigheid, Actualiseren

11. Verder stoort VORM zich aan de stelling van GS dat het voor de hand zou hebben gelegen dat VORM kennis had genomen van het Addendum en daar bij haar eigen plannen rekening mee had gehouden. GS heeft het Addendum immers niet bekend gemaakt. Hoe had VORM dan daarvan op de hoogte kunnen zijn? Ook de gemeente heeft VORM niet geïnformeerd, terwijl de gemeente op structurele basis met VORM in overleg was over de ontwikkeling van Boogiewood en de overige projecten.
12. Dat GS bij het vaststellen van het Addendum zich op geen enkele wijze rekenschap heeft gegeven van de gevolgen ervan voor de projecten van VORM en of dit gevolgen in evenredige verhouding staan met de beoogde doelen is in strijd met het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel. Bij het besluit over de vaststelling van het Addendum had rekening gehouden moeten worden met de gevolgen ervan voor VORM en hadden de 'gele cirkels' geactualiseerd moeten worden. De bedoeling was immers om lopende projecten buiten de werking van het Addendum te laten.
13. Bij de beslissing op bezwaar zal dit alsnog moeten gebeuren (ex nunc-toetsing).

Omgevingswet; schaarse vergunningen

14. Tot slot blijft VORM erbij dat niet valt in te zien hoe een exclusieve positie voor Trekvlief Energie zich verhoudt tot de 'ETFAL'-doelstellingen uit de Omgevingswet voor WKO-vergunningen (artt. 1.2, 1.3 en 4.23 Ow / voorheen: artt. 2.1 / 6.4 Waterwet) en tot de rechtspraak inzake schaarse vergunningen.

15. VORM verzoekt u dan ook om haar bezwaar ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Advocaat

Deze zaak VORM / Binckhorst Den Haag (Boogiewood) wordt behandeld door | Straatman
Koster Advocaten | Postbus 717 3000 AS Rotterdam | |
 | E: