

Kroniek Warmte

– Mr. K. Meijering, mr. H.E. Noordhoek en mr. R.M.F. de Martines¹

1. Inleiding

Op het gebied van warmte zal met de komst van de Wet collectieve warmtevoorziening (ook wel ‘Warmtewet 2’²) veel veranderen. Met de inwerkingtreding daarvan komt de huidige Warmtewet te vervallen en wordt de huidige, versnipperde³ regelgeving op het gebied van warmte grondig herzien, centraal (althans, een stuk centraler) geregeld en bovendien flink uitgebreid.

We moeten het echter nog wel even met de huidige Warmtewet doen. Inwerkingtreding van de Wet collectieve warmtevoorziening was voorzien op 1 januari 2022, maar de kans dat dat later wordt, is groot. Daarom bespreken we hieronder de belangrijkste jurisprudentie over de Warmtewet (en een aantal aanverwante onderwerpen⁴) in de periode 1 juli 2019 tot en met 1 april 2021. Daarbij maken we onderscheid tussen civiele rechtspraak en bestuursrecht, waarbij we niet alleen uitspraken van gerechtelijke instanties, maar ook besluiten van de Autoriteit Consument en Markt (‘ACM’) bespreken.

2. Civiele rechtspraak

Op civiel vlak zijn in deze kroniekperiode een aantal interessante uitspraken geweest. Omwille van de leesbaarheid hebben we die uitspraken in categorieën onderverdeeld. We beginnen met een aantal onderwerpen die zien op de verhouding tussen de Warmtewet en het huurrecht, meer specifiek de ‘huur van woonruimte’. Alle jurisprudentie die wij bespreken ziet daar immers op. Vervolgens

bespreken wij de civiele rechtspraak over de toepassing van correctiefactoren en sluiten we af met rechtspraak over leveringsovereenkomsten.

2.1 Warmtewet en huurrecht

De verhouding tussen de Warmtewet en het huurrecht is al jarenlang voor voor (juridische) discussie. Hieronder geven wij eerst een algemeen overzicht van - de ontwikkelingen in - deze discussie. Vervolgens bespreken wij een aantal specifieke onderdelen van die verhouding: de (hoogte van de) kosten die onder het huurrecht en de Warmtewet in rekening mogen worden gebracht, de toepasselijkheid van een huurrechtelijke vervaltermijn en de plaatsing van een warmtemeter als dringende werkzaamheid.

Warmtewet of huurrecht van toepassing op levering van warmte?

Huurders van woonruimte nemen niet zelden warmte af van hun verhuurder in plaats van een (derde) leverancier. In die gevallen bestaat tussen huurder en verhuurder niet alleen een door het huurrecht gereguleerde huurrelatie, maar ook een verhouding leverancier - afnemer van warmte. Als de huurder-afnemer dan ook ‘verbruiker’ in de zin van art. 1 Warmtewet is, wat bij huur van woonruimte vrijwel altijd het geval zal zijn⁵, is het de vraag welk regime de levering van warmte reguleert; het huurrecht⁶ of de Warmtewet. Welk regime gaat ‘voor’?

Het antwoord op deze vraag is onder meer van belang voor de tarieven die de leverancier/verhuurder voor de levering van warmte mag rekenen. Of misschien beter gezegd: welke elementen - zoals kapitaallasten, onderhoud, etc. - aan de verbruiker/huurder doorbelast mogen worden. Het huurrecht en de Warmtewet kennen namelijk een eigen tarief-

¹ Keesjan Meijering, Elise Noordhoek en Ron de Martines zijn advocaat bij AKD. Zij danken Menno Hendriks voor zijn input op een eerdere versie van deze Kroniek.

² Zie hierover onze uitgave over de consultatieversie van de Warmtewet 2, te downloaden op <<https://warmtenetwerk.nl/wp-content/uploads/Warmtewet-2-de-consultatieversie-in-kort-bestek.pdf>>.

³ K. Meijering en J.A. Mohuddy, ‘Gemeenten en de aanleg en exploitatie van warmtenetten, Een gids door het huidige warmte-doolhof’, TBR 2019/154.

⁴ De uitspraak van de rechtbank Amsterdam over het warmteplan Sluisbuurt (Rb. Amsterdam 24 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2413) bespreken we hier bijvoorbeeld niet. Zie daarover uitgebreid: E.P. Euverman, K. Meijering & J.A. Mohuddy, ‘Warmtenetten, duurzaamheid en warmteplannen’, VGR 2020/4, p. 135 ev.

⁵ Een ‘verbruiker’ is immers o.a. een persoon die warmte afneemt van een warmtenet of in pandig leidingstelsel en een individuele aansluiting heeft van max. 100 kWh. En wij moeten de eerste woning met een individuele aansluiting van meer dan 100 kWh nog tegenkomen.

⁶ De kosten van warmtelevering worden aangemerkt als kosten voor nutsvoorzieningen met een individuele meter of servicekosten in de zin van art. 7:237 lid 3 BW. De rechtsbescherming hiervoor bij de huurcommissie (zie art. 3a Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte) staat in de artikelen 18, 19 en 19a Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte en de artikelen 7:259 tot en met 7:261 BW.



structuur. En de bedragen die onder de beide regimes in rekening mogen worden gebracht kunnen behoorlijk verschillen. Van een absolute tegenstelling is echter geen sprake: zoals we verderop zullen zien, beïnvloeden de beide systemen elkaar.

Het op 1 juli 2019 in werking treden van art. 1a Warmtewet had een einde moeten maken aan de discussie ‘huurrecht of Warmtewet’. Het artikel bepaalt namelijk dat de Warmtewet grotendeels niet geldt (alleen de in art. 1a lid 2 Warmtewet genoemde bepalingen uit de Warmtewet gelden) als de leverancier tevens verhuurder is en warmte levert ten behoeve van de door hem verhuurde woon- (of bedrijfs-)ruimte. Ofwel: bestaat er tussen leverancier en verbruiker ook een huurrelatie, dan wordt de levering van warmte vanaf 1 juli 2019 (exclusief) door het huurrecht gereguleerd. Vanuit de Warmtewet gelden dan alleen de bepalingen die zijn genoemd in art. 1a lid 2 Warmtewet. Bestaat er tussen leverancier en verbruiker *geen* huurrelatie, dan geldt het huurrecht logischerwijs niet en geldt de Warmtewet in zijn volle omvang. Gedachte van de wetgever hierbij is dat huurders die warmte afnemen van hun verhuurders al voldoende door het huurrecht worden beschermd⁷; (extra) bescherming vanuit de Warmtewet is niet nodig.

Maar goed, de vorige alinea begint niet zonder reden met de opmerking dat art. 1a Warmtewet

per 1 juli 2019 een einde *had moeten maken* aan de discussie ‘huurrecht of Warmtewet’. Zo kwam de rechter in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 24 november 2020⁸ tot het oordeel dat de verdeling uit art. 1a Warmtewet zoals hiervoor omschreven niet opgaat als de levering van warmte aan huurders wordt verzorgd door ‘een door verhuurder zelf, althans een door diens moedermaatschappij opgerichte vennootschap’. Volgens de rechtbank kan namelijk ‘niet aangenomen worden dat de wetgever bedoeld heeft huurders in een situatie als de onderhavige, waar de constructie met de gelieerde vennootschappen speciaal is aangegaan met het oog op de Warmtewet, rechten heeft willen ontnemen’. Daarbij acht de rechtbank nog relevant dat uit niets blijkt dat de huurders door het instemmen met de constructie en het ondertekenen van de leveringsovereenkomst uitdrukkelijk hebben ingestemd met het verlies van rechtsbescherming en verhuurder niet heeft toegelicht waarom de constructie met een aparte leverancier bij de invoering van de Warmtewet nodig was.

Ten slotte heeft art. 1a Warmtewet helaas ook niet bijgedragen aan de discussie welk regime vóór 1 juli 2019 gold voor levering van warmte door verhuurders aan huurders. Waar de rechtbank Rotterdam op 3 april 2020 immers oordeelde dat de verhuurder voor levering in 2017 conform de

⁷ Kamerstukken II 2016/2017, 34723, nr. 3, p. 6 en 7 en Kamerstukken I 2017/2018, 34723, nr. C, p. 4.

⁸ Rb. Amsterdam 24 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6949.

Warmtewet mocht afrekenen⁹, ging de rechtbank Noord-Holland vier maanden later precies de andere kant op.¹⁰ Die rechtbank anticeerde bij de vraag welk regime gold voor levering in 2015 en 2016 op de invoering van art. 1a Warmtewet (per 1 juli 2019) en oordeelde - ook in lijn met het hierna te bespreken arrest 'Acantus' - dat destijds conform het huurrecht afgerekend had moeten worden.

Wat mag onder het huurrecht voor warmtelevering in rekening worden gebracht?

Zoals hiervoor al opgemerkt, kunnen de bedragen die onder de Warmtewet en het huurrecht voor warmtelevering in rekening mogen worden gebracht, behoorlijk verschillen. Een belangrijk verschil tussen beide regimes ligt in grote lijnen in het volgende: de Warmtewet werkt met een maximumtarief dat in rekening mag worden gebracht voor de levering van warmte (art. 5 Warmtewet); essentie is dat verbruikers voor hun warmte niet meer betalen dan in het geval ze met gas aan hun verwarmingsbehoefte zouden voldoen (het 'Niet Meer Dan Anders-principe', 'NMDA-principe'). Het huurrecht gaat bij warmtelevering uit van 'soorten kosten' die gedekt mogen worden. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen kosten die tot uitdrukking moeten komen in de kale huurprijs en kosten die gedekt mogen worden uit de kosten voor nutsvoorzieningen en/of de servicekosten (art. 7:237 en 7:259 BW). Kort gezegd is de kale huurprijs het bedrag dat de tegenprestatie vormt voor het enkele gebruik van het gehuurde (de woonruimte plus onroerende aanhorigheden, zie hierna). En alle kosten die daar van afgeleid zijn en/of verband houden met de invulling van het gebruik, zijn servicekosten en/of kosten voor nutsvoorzieningen met een eigen meter.

Als het huurrecht geldt, is het dus de vraag welke kosten voor warmtelevering aan huurders mogen worden doorgerekend en onder welke noemer dat dient te gebeuren. Op onder meer deze vraag gaat het Hof Arnhem-Leeuwarden in de zaak 'Acantus'¹¹ in. De verhuurder had hier de levering van warmte aan haar huurders uitbesteed aan een derde (leverancier) en de eigendom van de WKO-installatie (hier gedefinieerd als: 'warmte/koude pomp plus alle buizen die door het gebouw lopen tot en met de afleversets in de appartementen', 'WKO') waarmee de warmtelevering plaatsvond aan die leverancier overgedragen door middel van een opstalrecht.

De eerste vraag die het Hof beantwoordt, is of de WKO een 'onroerende aanhorigheid' is. Onroerende aanhorigheden behoren op grond van art. 7:233 BW namelijk tot de woonruimte en dat is op zijn beurt weer voor belang voor de omvang van de (kale) huurprijs, nu dat de prijs is die een huurder verschuldigd is voor het enkele gebruik van de woonruimte inclusief onroerende aanhorigheden. Als de WKO geen onroerende aanhorigheid is, kan er ook in principe ook geen discussie zijn over de vraag of naast de kosten van de warmtelevering zelf, ook andere (kapitaals- en onderhouds-)kosten aan de huurders (via bijv. de servicekosten) in rekening kunnen worden gebracht.

Het Hof oordeelt dat de WKO een onroerende aanhorigheid is, omdat de WKO en het gebouw waarin de appartementen zich bevinden in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd, een andere manier van verwarmen van de appartementen niet mogelijk is (zodat het gebouw zonder WKO als onvoltooid moet worden beschouwd), de WKO onroerend is, fysiek verbonden met de appartementen en naar haar aard behoort tot het gebruikelijke uitrustingsniveau van elk appartement. Dat de leverancier eigenaar van de WKO is maakt dit volgens het Hof niet anders.¹²

Na al anticiperend op art. 1a Warmtewet geoordeeld te hebben dat het huurrecht - wel en de Warmtewet niet - geldt, gaat het Hof in op de vraag welke kosten voor de levering van warmte in rekening kunnen worden gebracht bij de huurders en onder welke noemer dat dan moet gebeuren: servicekosten of (kale) huurprijs? Het Hof overweegt dat de kosten van aanleg en onderhoud van onroerende aanhorigheden behorende tot de woonruimte in het systeem van de wet tot uitdrukking komen in de kale huurprijs. De kosten die vallen onder de kale huurprijs vallen niet (ook) onder de servicekosten, of onder de kosten voor nutsvoorzieningen met een individuele meter. Aangezien de WKO-installatie en de afleverset onroerende aanhorigheden zijn, dienen de kosten daarvan dus tot uitdrukking te komen in de kale huurprijs. De kapitaals- en onderhoudslasten van het systeem kunnen daarom ook enkel via de huurprijs doorberekend worden aan de huurder. Ze kunnen geen onderdeel uitmaken van de servicekosten.

Acantus staat daarmee (vooralsnog) met lege handen. Temeer nu ook haar beroep op ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) in het eindarrest van het Hof strandt.¹³ Acantus is in casusatie gegaan en midden 2021 wordt het arrest van de Hoge Raad verwacht.

⁹ Rb. Rotterdam 3 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3196 onder 4.3.

¹⁰ Rb. Noord-Holland 5 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5805 onder 5.8. De rechtbank verwijst hierbij naar het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 9 juli 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:5624) dat we hierna bespreken.

¹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5624 en 24 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2490. Zie ook Rb. Overijssel 19 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:593, WR 2019/63 m.nt. M.P.C. Hendriks en E.A. van de Kuilen

¹² De rechtbank Amsterdam volgt dit oordeel in zijn hiervoor besproken uitspraak van 24 november 2020.

¹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2490.

Wat mag onder de Warmtewet voor warmtelevering in rekening worden gebracht?

Op grond van de Warmtewet stelt de ACM conform het NMDA-principe jaarlijks voor verschillende ‘temperatuur categorieën’¹⁴ een tarief vast die leveranciers ten hoogste in rekening mogen brengen voor warmtelevering.¹⁵ Dit maximum tarief is opgebouwd uit een gebruiksafhankelijk deel (vastrecht/vaste kosten) en een gebruiksonafhankelijk deel (bedrag per GJ).¹⁶

In het Warmtebesluit is nader uitgewerkt hoe het maximum tarief wordt vastgesteld. Uit de toelichting bij het (originele) Warmtebesluit volgt dat als vaste kosten worden aangemerkt: de jaarlijkse vaste kosten voor levering, transport en de kosten voor instandhouding van de aansluiting van gas en het verschil tussen de gebruikskosten in een gassituatie en een warmtesituatie.¹⁷ In een uitspraak van de rechtbank Limburg van 24 februari 2021¹⁸ gaat de rechtbank in op de vraag of administratiekosten en dienstverleningskosten als onderdeel van deze vaste kosten in rekening gebracht mogen worden.

De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend. Daarbij zoekt hij aansluiting bij beleid van de Huurcommissie. Daaruit volgt dat administratiekosten (een vast % over bepaalde kosten) zo nauw samenhangen met de servicekosten dat deze niet uitdrukkelijk tussen partijen overeengekomen hoeven te zijn en in rekening kunnen worden gebracht als een afrekening aan de huurder is verstrekt. Over de dienstverleningskosten oordeelt de rechtbank (wederom in aansluiting op beleid van de Huurcommissie) dat deze niet voor rekening van de leverancier komen en dus als onderdeel van de energiekosten aan huurders mogen worden doorberekend.

Vervaltermijn kosten voor nutsvoorzieningen met een individuele meter en servicekosten ook van toepassing als Warmtewet geldt

Op grond van art. 7:260 BW kunnen huurder en verhuurder de huurcommissie of de rechter verzoeken om uitspraak te doen over de betalingsverplichtingen van de huurder met betrekking tot de kosten voor nutsvoorzieningen met een individuele meter en servicekosten. Op grond van het tweede lid kan het verzoek per kostenpost slechts toezien op één tijdvak van ten hoogste twaalf maanden. Het verzoek moet worden ingediend binnen vieren-twintig maanden nadat de verhuurder het jaarover-

zicht heeft verstrekt voor de in rekening gebrachte kosten.

Welke betekenis hebben deze bepalingen bij levering van warmte? In de uitspraak van de rechtbank Limburg die we hiervoor ook bespraken oordeelt de rechtbank dat de Warmtewet voornoemde bepalingen niet buiten toepassing verklaart.¹⁹ De vervaltermijn van twee jaar is daarom in huurrelaties onverkort van toepassing, ook bij een geschil dat verband houdt met warmtelevering.

Alle huurders (in verschillende complexen) dezelfde warmtetarieven in rekening brengen mag niet

In de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland die we hiervoor ook al aanhaalden ging het om een verhuurder die voor zijn gehele woningbezit (dat was verdeeld over meerdere complexen) één warmtetarief hanteerde.²⁰ Nadat de rechter oordeelde dat het huurrecht (en niet de Warmtewet) gold, oordeelde hij dat het rekenen van één tarief voor alle huurders in strijd met het huurrecht was. Op grond van art. 7:259 lid 1 BW moet de geleverde warmte namelijk worden afgerekend in overeenstemming met de voor de berekening daarvan geldende wettelijke voorschriften en met hetgeen als redelijke vergoeding kan worden beschouwd. Daaruit leidt de rechter af dat de huurder de door de verhuurder werkelijk gemaakte kosten verschuldigd is, en in elk geval niet méér dan dat. Dat betekent dat de kosten per complex berekend moeten worden. De verhuurder/leverancier mag dus niet één gelijk, gemiddeld tarief hanteren voor al zijn complexen. Verder oordeelt de kantonrechter - anticiperend op inwerkingtreding van art. 1a Warmtewet en in lijn met ‘Acantus’ - dat de kosten voor afschrijving en onderhoud van de verwarmingsinstallaties uitsluitend via de kale huur en dus niet via de servicekosten aan de huurders in rekening mag worden gebracht.

Valt plaatsing warmtemeter onder definitie dringende werkzaamheden?

Ook relevant voor de toepassing van het huurrecht is een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 19 juli 2019.²¹ Hier ging het om een verhuurder die grote, onverklaarbare verschillen tussen het warmteverbruik van zijn huurders constateerde. Uit onderzoek bleek dat bij het vaststellen van het individuele gebruik (met warmteverdeelmeters op de radiator) onvoldoende rekening werd gehouden met warmte afgegeven door de plintleiding en de standleiding. Dit zijn leidingen met warm water die door een aantal appartementen lopen en (deels) bestemd zijn voor de verwarming van andere ap-

¹⁴ Zie hierover K. Meijering & H.E. Noordhoek, ‘Wijziging van de Warmtewet: tariefregulering lage-temperatuurwarmte en WKO’s’, VGR 2020/3.

¹⁵ Art. 5 lid 1 Warmtewet.

¹⁶ Art. 5 lid 2 aanhef en onder b Warmtewet.

¹⁷ Stb. 2013, 359, p. 9.

¹⁸ Rb. Limburg 24 februari 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:1699.

¹⁹ Rb. Limburg 24 februari 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:1699.

²⁰ Rb. Noord-Holland 5 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5805.

²¹ Rb. Rotterdam 19 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5828.

partementen. Doordat deze warmte afgeven, worden sommige appartementen 'gratis' verwarmd: dit warmteverbruik wordt immers niet gemeten. Om die reden wilde de verhuurder ook op de plintleiding een warmteverdeelmeter plaatsen.

Nadat de huurder toestemming weigerde om de verdeelmeter te plaatsen, vorderde de verhuurder tijdelijke ontruiming van het gehuurde, omdat sprake zou zijn van dringende werkzaamheden in de zin van art. 7:220 BW. De rechtbank oordeelt dat dringende werkzaamheden ook werkzaamheden kunnen zijn die nodig zijn om schade te herstellen, of tot doel hebben schade te voorkomen en daarmee nadeel te voorkomen. In dit geval bestaat de schade uit het niet volledig in rekening kunnen brengen van verwarmingskosten. Volgens de rechtbank is sprake van werkzaamheden die niet uitgesteld kunnen worden: verder uitstel is nadelig voor de verhuurder in de zin dat zij daardoor schade lijdt (door het huidige, gebrekkige systeem van warmtemeting). Het plaatsen van een warmtemeter op de plintleiding valt daarom volgens de rechtbank in dit geval onder de definitie van dringende werkzaamheden in de zin van art. 7:220 lid 1 BW.

2.2 Het toepassen van correctiefactoren

Op grond van art. 8a lid 5 Warmtewet kan de leverancier het individueel warmteverbruik van verbruikers corrigeren aan de hand van correctiefactoren die door de leverancier zijn vastgesteld met inachtneming van daarvoor gangbare technische normen.²² Er kan worden gecorrigeerd voor de ligging van woonruimten en voor leidingverliezen voor transportleidingen. De achtergrond van de regeling van correctiefactoren is dat doorgaans meerdere woningen vanuit een warmtenet worden verwarmd. De leidingen die de warmte vervoeren lopen soms, zeker in oudere appartementengebouwen, door woningen heen. Daar wordt warmte verloren, waarmee die woningen verwarmd worden zonder dat daarvoor wordt betaald. Woningen aan het 'uiteinde' van de leidingen hebben dit voordeel niet, en moeten gewoon betalen alle voor de warmte die zij ontvangen - die door het leidingverlies van lagere temperatuur is.

Het artikel in de Warmtewet dat dit mogelijk maakt is op 1 juli 2019 in werking getreden. In een arrest van 12 maart 2021 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of daarvoor ook al correctiefactoren toegepast mochten worden. De Hoge Raad komt, anders dan de rechtbank en het hof, tot het oordeel dat dat zo is. Dat oordeel baseert de Hoge Raad onder meer op de wettekst en parlementaire geschiedenis, maar ook op het feit dat de toepassing van correctiefactoren kan leiden tot een

rechtvaardigere verdeling van de totale kosten van warmtelevering en strookt met het verbod op ongerechtvaardigd onderscheid tussen verbruikers.²³

Maar wanneer is eigenlijk sprake van de toepassing van correctiefactoren? In de uitspraak van de rechtbank Limburg die we hiervoor al twee keer aanhaalden komt die vraag aan de orde.²⁴ Een leverancier bracht aan een verbruiker, naast de kosten voor meetdiensten en een vast en een gebruiksfankelijk deel, 'kosten leidingafgifte' in rekening. Daarbij werd 35% van het totale energieverbruik van het complex verdeeld naar vloeroppervlak van de woningen en de resterende 65% via de individuele meters op de radiatoren. In de genoemde 35% werd het leidingverlies verdisconteerd. De verbruiker meende dat met deze wijze van berekenen van de warmtekosten sprake is van de toepassing van een correctiefactor.²⁵ Daar gaat de rechter niet in mee. Die oordeelt dat geen sprake is van de toepassing van een factor (een bepaald getal of percentage), maar van een kostenverdeelsystematiek die in overeenstemming is met art. 8a Warmtewet.²⁶ En volgens de rechter volgt uit art. 8a Warmtewet niet dat verschillende manieren van het in rekening brengen van de kosten niet naast elkaar mogen worden gebruikt en is hier geen sprake van *corrigeren*. Het verschil in verbruik als gevolg van een al dan niet (ongunstige) ligging van het appartement binnen het complex wordt op deze wijze over alle bewoners/verbruikers verdeeld. Dat een bewoner die van de leidingafgifte kan profiteren ook in de kosten daarvan bijdraagt, is vindt de rechtbank een logisch gevolg. Meten en corrigeren zijn volgens de rechtbank dus twee te onderscheiden stappen; meten houdt in dat het werkelijke verbruik zo nauwkeurig mogelijk wordt bepaald en als het meetresultaat daarna nog met een bepaald getal of percentage wordt gewijzigd, voor de ligging van woonruimten en/of leidingverliezen, is sprake van correctie.

2.3 Leveringsovereenkomsten

Het overgrote deel van de onderlinge verplichtingen tussen leverancier en verbruiker volgen uit de leveringsovereenkomst. Veel relevante uitspraken gaan dan over - bepalingen uit - leveringsovereenkomsten.

Hieronder bespreken wij onder meer het belang van goed omschrijven wat er geleverd wordt, van een goede regeling voor contractoverneming

²³ HR 12 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:373.

²⁴ Rb. Limburg 24 februari 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:1699.

²⁵ De relevantie daarvan was dat de verbruiker meende dat correctiefactoren waren toegepast voor 1 juli 2019, terwijl dat volgens hem niet was toegestaan. Deze uitspraak dateert van vóór het arrest van de Hoge Raad van 12 maart 2021 waarin werd geoordeeld dat correctiefactoren ook al voor 1 juli 2019 konden worden toegepast.

²⁶ Zie over art. (8 en) 8a Warmtewet hierna onder 'Bestuursrecht' onder 'Meten'.

²² Zoals NEN 7440 (*Kamerstukken II 2016/17, 34723, nr. 3, p. 28*) en de uitwerking daarvan in NPR 7441.36.

en van duidelijke algemene voorwaarden. Ten slotte komt een arrest aan bod waaruit het belang van goede communicatie met een verbruiker blijkt en waarin de vraag wie eigenaar van een afleverset is aan de orde komt.

Omschrijving van het te leveren product

Dat het belangrijk is om af te bakenen welk product de leverancier levert, volgt uit een aantal arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019.²⁷ Die arresten draaien om verwarming met ‘aardwarmte’ en koeling van woningen door middel van een WKO-systeem.

Na ingebruikname van het systeem ontstaan bij verbruikers klachten; de koeling in de zomer is minder dan verwacht, de verwarming functioneert in de winter niet naar behoren en de verwarmingskosten zijn hoger dan voorspeld. Uit deskundigenonderzoek bleek dat dit werd veroorzaakt door disbalans in het systeem. Vervolgens concludeert de leverancier dat de kosten van herstel niet opwegen tegen de voordelen en besluit zij - in plaats van ‘aardwarmte’ - met behulp van een conventionele, op diesel en later op gas gestookte installatie warmte te gaan leveren. Koeling is daarmee niet meer mogelijk en koude wordt dus ook niet meer geleverd.

De verbruikers starten een procedure tegen de leverancier en stellen dat deze tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst²⁸. Het Hof gaat daarin mee en oordeelt dat de leverancier de verplichting heeft om vanuit de WKO-installatie aardwarmte en koude te leveren. Omdat verbruikers nu worden voorzien van warmte uit een op gas gestookte installatie en geen koude meer ontvangen, schiet de leverancier tekort in de nakoming van zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst. Het leveren van *aardwarmte* is dus echt wat anders dan het leveren van ‘warmte’ an sich.

Overneming van de leveringsovereenkomst (art. 6:159 BW)

Leveranciers of - een deel van - hun projecten worden nog wel eens overgenomen. De nieuwe leverancier zal dan de leveringsovereenkomsten met de verbruikers ex art. 6:159 BW moeten (kunnen) overnemen. Dit artikel vereist onder meer dat de wederpartij/verbruiker medewerking verleent aan het overnemen. Als in de leveringsovereenkomst niet is

geborgd dat een verbruiker daar bij voorbaat toestemming voor/medewerking aan overneming door een nieuwe leverancier verleent, kan dat tot problemen leiden. Zo merkte ook de leverancier die partij is bij een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 18 februari 2021.²⁹ Deze leverancier had de levering van warmte in een appartementencomplex overgenomen. Een verbruiker stelde dat niet was voldaan aan de eisen uit art. 6:159 BW en de nieuwe leverancier dus geen contractuele relatie met hem had: hij had immers geen medewerking aan de overneming verleend. Volgens de leverancier heeft verbruiker dat wel degelijk gedaan, en wel bij ondertekening van de leveringsovereenkomst. In de bijbehorende algemene voorwaarden staat namelijk dat de verbruiker bij ondertekening van de aansluitovereenkomst toestemming verleent voor contractsoverneming. De rechtbank overweegt dat hier niet om een *aansluit*-, maar om een *leverings*-overeenkomst gaat. En de algemene voorwaarden bepalen niet dat toestemming wordt gegeven voor overname van de leveringsovereenkomst. Ook heeft de verbruiker geen stilzwijgende medewerking verleend. Hij heeft immers vanaf het begin betwist dat hij een contractuele relatie met de nieuwe leverancier heeft. De nieuwe leverancier kan vorderingen uit hoofde van de leveringsovereenkomst dan ook niet geldend maken jegens de verbruiker.

Onduidelijkheid algemene voorwaarden voor rekening leverancier

In een arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2020 stond het belang van duidelijke afspraken maar weer eens centraal.³⁰ In de algemene voorwaarden bij een leveringsovereenkomst stond dat verbruikers bedragen verschuldigd zijn voor onder meer levering, meting van het gebruik en het tot stand brengen en in stand houden van de aansluiting. Vanaf 1 januari 2014 bracht de leverancier onder verwijzing naar deze bepaling een ‘vaste periodieke aansluitbijdrage’ (lees: een periodieke bijdrage in de stichtingskosten van de WKO-installatie) in rekening. De leverancier lichtte toe dat deze bijdrage normaal door de ontwikkelaar wordt betaald bij de realisatie van het gebouw waarop de WKO-installatie wordt aangesloten. Omdat dat bij het desbetreffende complex niet was gebeurd, werden de kosten op deze wijze (periodiek aan verbruikers in plaats van bij realisatie van het gebouw aan ontwikkelaar) in rekening gebracht.

Een verbruiker komt hier tegenop en start een procedure. Het Hof oordeelde dat in de algemene voorwaarden niet stond dat een bijdrage verschuldigd was voor de stichtingskosten van de WKO-installatie. Evenmin hadden partijen besproken dat een dergelijke bijdrage verschuldigd zou

²⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11018, ECLI:NL:GHARL:2019:11019 en ECLI:NL:GHARL:2019:11042.

²⁸ Over de vraag of er een overeenkomst was gesloten en hoe dan, hebben partijen lang gediscussieerd. Uiteindelijk zijn zij het erover eens geworden dat tussen hen een mondelinge overeenkomst is gesloten, waaruit voor de leverancier als hoofdverplichting voortvloeit dat zij de overeengekomen energie moet leveren. Op die discussie gaan we niet in, wat onder ‘de overeengekomen energie’ wordt verstaan wel.

²⁹ Rb. Oost-Brabant 18 februari 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:521.

³⁰ HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:144.

zijn. Op grond van hetgeen partijen zijn overeengekomen mag leverancier de aansluitbijdrage dus niet bij verbruiker in rekening brengen. Had (de rechtsvoorganger van) leverancier deze aansluitbijdrage in rekening willen brengen, had zij als professionele partij de leveringsovereenkomst zodanig duidelijk moeten opstellen dat daaruit de betalingsverplichting blijkt op een wijze die niet voor misverstand vatbaar is. Nu de overeenkomst niet zodanig duidelijk is, komt dat voor rekening van leverancier, als dus de Hoge Raad.

Uitleg veelgebruikte opzeggingsregeling in algemene voorwaarden en eigendom afleverset

Veel algemene voorwaarden bij leveringsovereenkomsten bevatten een opzegmogelijkheid met opzegtermijn, waarin is bepaald dat de afnemer gebonden blijft aan de overeenkomst zolang hij de leverancier niet in staat stelt om de handelingen te verrichten die noodzakelijk zijn voor beëindiging van de overeenkomst. Deze bepaling stond centraal in een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 23 juni 2020.³¹ De leverancier had op een vraag van een verbruiker in 2015 geantwoord dat opzegging niet mogelijk is. Geruime tijd later liet de leverancier alsnog weten dat afsluiting mogelijk was, maar dat daarvoor kosten moesten worden voldaan. De verbruiker betaalde deze kosten eind 2017 onder protest. Vervolgens voerde leverancier de voorlopige afsluiting in 2018 uit, en stelde zich op het standpunt dat zij pas in 2018 in staat was om de voor beëindiging van de overeenkomst noodzakelijke handelingen te verrichten, zodat de overeenkomst pas in 2018 was geëindigd. Het Hof stelt de verbruiker in het gelijk. De leverancier had immers onjuist informatie verstrekt (er zou niet opgezegd kunnen worden), én heeft tot eind 2017 niet laten weten wanneer en hoe ze de noodzakelijke handelingen wilde verrichten. Bovendien is gebondenheid aan deze bepaling in de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, gezien de onjuiste, gebrekkige communicatie vanuit leverancier.

Een tweede interessant punt van geschil betreft de eigendom van de afleverset. Verbruiker betoogt dat hij daarvan eigenaar is, zodat hij voor het gebruik daarvan niets verschuldigd is. Het Hof gaat daar niet in mee en sluit zich aan bij een arrest van het Hof Den Haag uit 2017.³² De stelplicht en bewijslast ten aanzien van de stelling dat hij eigenaar is, rusten op verbruiker. Hij heeft echter niets gesteld over de titel (in de zin van art. 3:84 BW) die ten grondslag zou liggen aan eventuele eigendomsverrijging en ook een beroep op natrekking baat hem niet. De afleverset is naar verkeersopvattingen

geen onderdeel van het huis (art. 3:4 lid 1 BW). Het is immers een feit van algemene bekendheid dat een installatie als een cv-ketel of afleverset ook gehuurd of geleased kan worden, en dus niet door natrekking onderdeel hoeft te worden van de woning. Daar komt bij dat er in de Warmtewet van uit wordt gegaan dat de leverancier huur mag rekenen voor de afleverset, hetgeen niet te verenigen zou zijn met de gedachte dat de afleverset door natrekking eigendom wordt van de afnemer. Ook art. 3:4 lid 2 BW baat de verbruiker niet: het is niet zo dat de afleverset niet kan worden verwijderd zonder beschadiging van betekenis toe te brengen aan de woning. De afleverset is dus eigendom gebleven van leverancier.

3. Bestuursrecht

Hieronder bespreken wij de bestuursrechtelijke rechtspraak en de door de ACM gepubliceerde besluiten op het gebied van warmte.

In de kroniekperiode heeft de rechtbank Rotterdam twee belangwekkende bestuursrechtelijke (tussen-)uitspraken gedaan in 'De Sniep'. Daarbij zijn veel verschillende (warmtegerelateerde) aspecten aan de orde gekomen. De ACM heeft daarnaast in de kroniekperiode een aanzienlijk aantal interessante besluiten gepubliceerd. Deze rechtspraak en ACM-besluiten hebben wij in een aantal categorieën onderverdeeld. We starten met de vraag wanneer iemand nu "leverancier" is (in de zin van de Warmtewet). Vervolgens komen betrouwbare levering van warmte, storingscompensatie, demarcatie en meten aan de orde. De rechtspraak en besluiten over tarieven bespreken we wat uitgebreider, en tot slot komt de leveringsovereenkomst aan de orde.

3.1 Wie is 'leverancier'?

In alles wat we bespreken gaat het over een (warmte-) 'leverancier'. Maar wanneer ben je nu leverancier, waarmee de verplichtingen uit de Warmtewet voor leveranciers gelden? In art. 1 Warmtewet is "leverancier" gedefinieerd als een persoon die zich bezighoudt met de levering van warmte. Onder "levering van warmte" wordt, zo blijkt uit hetzelfde artikel, verstaan: de aflevering van warmte aan verbruikers. Ofwel: de fysieke beschikbaarstelling van warmte aan verbruikers op het overdrachtspunt c.q. het punt waar het warmtenet (of de inpandige installatie) overgaat in de binneninstallatie.³³

De partij die ervoor zorgt dat warmte de binneninstallatie van verbruikers in stroomt, is dus leverancier. Dit lijkt echter makkelijker dan het is. In de praktijk zijn vaak meerdere partijen betrokken

³¹ Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1904.

³² Hof Den Haag 16 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1541.

³³ Kamerstukken II 2002/03, 29048, nr. 3, p. 19 (waarbij de gehanteerde definities wel zijn 'geüpdatete' naar de definities zoals die nu in de Warmtewet worden gehanteerd).

bij warmtelevering en ontstaat er regelmatig discussie over de vraag welke partij leverancier is.

In een besluit van de ACM van 26 september 2019 stond naar aanleiding van een handhavingsverzoek ter discussie wie als leverancier was. De partij tegen wie het handhavingsverzoek was ingediend, is eigenaar van het warmtesysteem dat het appartementencomplex van warm tapwater voorziet. Er is een contract tussen de partij en ten minste de gebruiker die het verzoek heeft gedaan en ook wordt aan die partij betaald. De ACM concludeert dan ook dat die partij leverancier is.³⁴

In een handhavingszaak die uitmondde in een besluit van 17 januari 2020 stelden gebruikers zowel de woonstichting, de eigenaar van het complex, als de exploitant van de WKO-installatie aan. De ACM moest zich erover buigen wie van hen leverancier was. Volgens de ACM is dat de exploitant van de WKO-installatie, nu deze heeft verklaard leveringsovereenkomsten met de gebruikers te hebben, de warmte te leveren en dat gebruikers aan haar betalen.³⁵

In een besluit van de ACM van 7 februari 2020³⁶ ging het om een WKO-systeem waarbij vanuit een bron warmte naar een warmtepomp in een centrale ruimte van een appartementencomplex werd getransporteerd. Daar stond ook een cv-ketel opgesteld die gebruikt kon worden voor verdere verwarming. Vanaf de centrale ruimte wordt de warmte via het in pandig leidingstelsel naar de individuele woningen getransporteerd. De partij jegens wie een handhavingsverzoek was ingediend ('Partij A') had de bron, de warmtepomp en de daartussen liggende leidingen in eigendom. De cv-ketel en het in pandig leidingstelsel waren echter in eigendom bij de VVE. Gebruikers hadden een overeenkomst met Partij A, op grond waarvan zij voor de levering van warmte en koude en huur voor de warmtepomp betaalden. Tussen Partij A en de VVE bestond geen contractuele relatie. De ACM concludeert dat hieruit moet worden afgeleid dat Partij A leverancier is. Dat de VVE eigenaar is van de cv-ketel en het in pandig leidingstelsel, doet daar niet aan af. De wetgever heeft in de wetgeschiedenis namelijk erkend dat leveranciers via een in pandig leidingstelsel warmte aan gebruikers kunnen (af)leveren, waarvoor in de Warmtewet specifieke verplichtingen voor de eigenaar van een in pandig leidingstelsel ('gebouweigenaar') zijn opgenomen³⁷, aldus de ACM. Het bezwaar dat Partij A tegen dit besluit heeft gemaakt, is ongegrond verklaard. De ACM motiveert opnieuw

dat Partij A, en niet de VVE, als leverancier moet worden aangemerkt.³⁸

Omdat dus vaak discussie bestaat over wie leverancier is, heeft de ACM in de 'Leidraad verplichtingen voor de warmteleverancier'³⁹ een beschrijving van het begrip '(warmte-)leverancier' opgenomen. Volgens de ACM moet uit de feiten en omstandigheden blijken wie leverancier is en is niet doorslaggevend of de betreffende partij contractuele afspraken heeft gemaakt over de levering van warmte.

3.2 Betrouwbare levering van warmte

Uit art. 2 Warmtewet volgt dat een leverancier zorg moet dragen voor een betrouwbare levering van warmte. Uit de wetgeschiedenis blijkt vermeld dat een kleinverbruiker op elk door hem gewenst moment de beschikking moet kunnen krijgen over de door hem gevraagde hoeveelheid warmte.⁴⁰ Wat betekent dit in de praktijk? Dat blijkt uit het besluit van de ACM van 17 januari 2020⁴¹ dat we hiervoor al kort aanhaalden.

In dat besluit draaide het om een appartementencomplex wat van warmte en koude werd voorzien door middel van een zogenoemd '2 pijps'-systeem. Daarbij is één leiding bedoeld voor aanvoer van de warmte of koude en de andere leiding voor de afvoer daarvan. Door dit systeem kan aan - de gebruikers woonachtig in - het appartementencomplex slechts warmte of koude worden geleverd. En wat er werd geleverd, bepaalde de leverancier (aan de hand van de buitentemperatuur). Gebruikers kunnen dus niet zelf kiezen of zij hun woning verwarmen of koelen. Een aantal gebruikers stelt dat leverancier dus geen warmte levert als het systeem is overgeschakeld naar koude en dat dit in strijd is met de Warmtewet. De ACM is het hier mee eens, en oordeelt dat de leverancier niet aan de uit art. 2 Warmtewet voortvloeiende verplichting voldoet, nu de leverancier niet op elk door de gebruikers gewenst moment warmte levert.

3.3 Storingscompensatie

Uit art. 3a Warmtewet volgt dat een leverancier compensatie aan een gebruiker moet uitkeren als sprake is van een ernstige storing. Dit is verder uitgewerkt in de Warmteregeling.⁴²

In het hiervoor al besproken besluit van de ACM van 17 januari 2020 voerden gebruikers aan dat

34 Besluit van de ACM van 26 september 2019, ACM/UIT/521478 – OV.

35 Besluit van de ACM van 17 januari 2020, ACM/UIT/526057.

36 Besluit van de ACM van 7 februari 2020, ACM/UIT/528521.

37 Zie art. 3d Warmtewet.

38 Besluit van de ACM van 5 november 2020, ACM/UIT/541320.

39 'Leidraad verplichtingen voor de warmteleverancier' van de ACM, gepubliceerd op 2 november 2020.

40 Kamerstukken II 2012/13, 29048, nr. 3, p. 21.

41 Besluit van de ACM van 17 januari 2020, ACM/UIT/526057.

42 Zie § 4 van de Warmteregeling. In de 'Leidraad verplichtingen voor de warmteleverancier' van de ACM, gepubliceerd op 2 november 2020, geeft de ACM een toelichting op de compensatie bij storingen

de leverancier storingscompensatie moest betalen, omdat zij in periodes waarin koude werd geleverd geen warmte konden afnemen. De ACM gaat hier niet in mee en wijst erop dat de omstandigheid dat verbruikers in de periodes waarin koude werd geleverd geen warmte konden afnemen niet het gevolg is van een defect of incident in het systeem, maar samenhangt met de wijze waarop het warmtenet is vormgegeven.⁴³ Van een storing in de levering van warmte is geen sprake, aldus de ACM.

3.4 Demarcatie

Zoals hiervoor al opgemerkt, gaat het bij “levering van warmte” over de fysieke beschikbaarstelling van warmte aan verbruikers op het overdrachtpunt c.q. het punt waar het warmtenet overgaat in de binneninstallatie.

Dit ziet op een essentieel punt: de demarcatie, afbakening tussen verantwoordelijkheden voor de leverancier en de verbruiker. Op grond van de Warmtewet is de leverancier verantwoordelijk voor het warmtenet (waarvoor diezelfde Warmtewet geldt) en loopt die verantwoordelijkheid tot het overdrachtpunt; daarachter is de verbruiker verantwoordelijk. Vaak is dit punt gelegen op de hoofdafsluiters van de binneninstallatie. Als die niet aanwezig zijn, moet de demarcatie in de leveringsovereenkomst worden aangewezen (zie definitie van “binneninstallatie” in art. 1 Warmtewet). Het is essentieel om de demarcatie goed te bepalen en vast te leggen, nu daaruit voortvloeit tot waar de verantwoordelijkheid van de leverancier reikt.

De demarcatie kan bijvoorbeeld doorslaggevend zijn bij het verrichten van een toets aan de door de ACM vastgestelde maximumtarieven.⁴⁴ Zo is het de vraag of de kosten voor de warmtepomp ook bij de toets aan het maximumtarief moeten worden betrokken als deze warmtepomp nodig is om warmte met een lage temperatuur op te waarderen (voordat het bruikbaar is voor huishoudelijk gebruik c.q. verwarming van ruimten en/of tapwater). Deze vraag was aan de orde in de zaak ‘De Sniep’. In die zaak voerde een aantal verbruikers aan dat het overdrachtpunt vanuit het warmtenet bezien

na de warmtepomp lag (de warmtepomp zou bij het warmtenet en dus bij de verantwoordelijkheid van de leverancier horen), zodat de kosten voor huur en elektriciteitsverbruik van de warmtepomp onderdeel uit moeten maken van de toets aan het maximumtarief. De rechtbank Rotterdam oordeelde in twee tussenuitspraken van 23 april 2020⁴⁵ dat uit de definitie van het begrip “warmtenet” in art. 1 Warmtewet en de toelichting daarop⁴⁶ volgt dat de warmtepomp na het overdrachtpunt ligt en dus niet tot het warmtenet behoort. De warmtepomp ligt namelijk in de woning en strekt tot toe- en afvoer van warmte ten behoeve van die woning. Daarmee is de warmtepomp onderdeel van de binneninstallatie. De verwijzing naar de uitspraak van het CBb van 22 februari 2016⁴⁷ baat verbruikers ook niet. Volgens de rechtbank volgt daar namelijk slechts uit dat de Warmtewet van toepassing is als het water (uiteindelijk) bestemd is voor verwarming van ruimten en/of tapwater, en niet dat het water op het overdrachtpunt daar al voor geschikt dient te zijn.⁴⁸ Dat de warmtepomp wordt gehuurd van de leverancier (en niet eigendom van verbruikers is) maakt volgens de rechtbank niet uit.

De omgekeerde situatie deed zich voor in de zaak die heeft geleid tot het hiervoor al besproken besluit van de ACM van 7 februari 2020.⁴⁹ Hier leverde een leverancier vanuit een WKO-bron warmte, die in de centrale ruimte van een appartementencomplex werd opgevaardeerd door een warmtepomp in eigendom bij leverancier en een cv-ketel in eigendom van de VVE. Voor de levering van warmte maakt de leverancier gebruik van de WKO-bron, de warmtepomp, de cv-ketel en het inpan-dig leidingstelsel van het appartementencomplex (dat weer is gekoppeld aan de binneninstallaties). De ACM oordeelt dat al deze onderdelen vóór het overdrachtpunt liggen en dus onderdeel van het warmtenet uitmaken. De kosten die hiervoor tezamen bij verbruikers in rekening worden gebracht, ongeacht of dat geschiedt door leverancier of VVE, mogen niet meer zijn dan het vastgestelde maximumtarief, aldus de ACM.

3.5 Meten

Artikel 8 en 8a Warmtewet zien op de meetverplichtingen van de leverancier. Deze artikelen zijn op 25 oktober 2020 in verband met de implementatie van richtlijn 2018/2002/EU betreffende energie-efficiëntie gewijzigd. Zowel in de oude als de nieuwe situatie geldt dat in beginsel individuele meters beschikbaar moeten worden gesteld. Dit

⁴³ Ondanks dat het besluit buiten de kroniekperiode valt, willen wij nog wel wijzen op het Besluit van de ACM van 18 januari 2019, ACM/UIT/505965. In dat besluit verduidelijkt de ACM namelijk dat een leverancier ook storingscompensatie moet betalen bij een onderbreking van meer dan 4 uur in de levering van bronwarmte. Dat verbruikers op een andere manier (bijvoorbeeld door de warmtepomp op volledig elektrisch te zetten) gebruik kunnen blijven maken van ruimteverwarming en warm water doet daar niet aan af.

⁴⁴ De demarcatie (ofwel: de plaats van het overdrachtpunt) is ook van belang voor de vraag welke tarieven de leverancier in rekening mag brengen. Bij de verschillende temperatuur categorieën uit art. 1a lid 1 Warmtewet horen namelijk verschillende tarieven, en bij de vraag welke categorie er geleverd wordt gaat het erom wat voor ‘soort warmte’ op het overdrachtpunt wordt (af)geleverd. Zie hierover K. Meijering & H.E. Noordhoek, ‘Wijziging van de Warmtewet: tariefregulering lage-temperatuurwarmte en WKO’s’, VGR 2020/3.

⁴⁵ Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3708, en Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3709.

⁴⁶ Kamerstukken II 2002/03, 29048, nr. 3, p. 18.

⁴⁷ CBb 22 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:30.

⁴⁸ Hierbij verwijst de rechtbank nog naar een eigen uitspraak van 5 juli 2018; Rb. Rotterdam 5 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5194.

⁴⁹ Besluit van de ACM van 7 februari 2020, ACM/UIT/528521.

geldt alleen niet als dat technisch niet haalbaar of niet kostenefficiënt is. Sinds 25 oktober 2020 is in art. 8 lid 14 bepaald dat een individuele meter in ieder geval wel technisch haalbaar en kostenefficiënt is als het gaat om een nieuwe aansluiting in een nieuw gebouw.

In de zaak ‘De Sniep’ speelde ook de situatie dat de leverancier geen individuele meters beschikbaar had gesteld aan verbruikers die daarom hadden gevraagd. Volgens de leverancier was dat technisch namelijk niet haalbaar. De rechtbank wijst er in haar (tussen)uitspraken⁵⁰ op dat de in de Warmtewet genoemde uitzondering “tenzij het ter beschikking stellen technisch onmogelijk is” niet van toepassing is voor nieuwe aansluitingen in woningen die vanaf 1 januari 2014 (datum inwerkingtreding Warmtewet) zijn of worden opgeleverd. In die gevallen bestaat dus hoe dan ook een verplichting tot het plaatsen van een individuele meter.

Uit de nieuwe beslissing op bezwaar blijkt dat de leverancier zich op het standpunt is gaan stellen dat het technisch wel mogelijk is om meters te plaatsen, maar dat dat onevenredig kostbaar zou zijn. De ACM overweegt voor woningen die voor 1 januari 2014 zijn opgeleverd, dat de door leverancier geschatte kosten relatief gezien niet zodanig hoog zijn dat het ter beschikking stellen van individuele meters financieel niet redelijk is. Deze toets verricht de ACM niet voor woningen die na 1 januari 2014 zijn opgeleverd, omdat de uitzondering in dat geval niet geldt. De ACM heeft aan de leverancier de bindende aanwijzing opgelegd om binnen één jaar de na 1 januari 2014 opgeleverde woningen van een individuele meter te voorzien, en de woningen voor zover opgeleverd voor die datum, indien de verbruiker daarom vraagt.⁵¹

3.6 Tarieven

Uit art. 2 lid 3 Warmtewet volgt dat een leverancier ten hoogste de door de ACM vastgestelde maximumtarieven in rekening mag brengen. Het gaat daarbij om maximumtarieven voor (a) levering van warmte, (b) ingebruikneming van de afleverset, (c) de eenmalige aansluitbijdrage, (d) afsluiting en (e) het meten van het verbruik. Hieronder komen aan de orde: het NMDA-principe, het tarief voor de afleverset, de eenmalige aansluitbijdrage en tot slot de kostenverdeelsystematiek en tarieven voor de levering van warmte.

NMDA-principe

In een handhavingsverzoek werd door verbruikers aangevoerd dat het in strijd met de Warmtewet is dat zij 60% meer dan het NMDA-principe betalen.

In haar besluit van 31 juli 2020 wijst de ACM erop dat verbruikers niet direct een beroep kunnen doen op dat principe. Het is leidend voor de wijze waarop de ACM jaarlijks de maximumtarieven voor de levering van warmte vaststelt. Aan deze maximumtarieven, en niet het NMDA-principe, kan rechtstreeks getoetst worden.⁵²

Tarief (collectieve) afleverset

In een collectieve warmtepomp vindt - via een warmtewisselaar - energieoverdracht plaats tussen het bronnet als warmtenet en het in pandig leidingstelsel. In het besluit van 31 juli 2020 dat we hiervoor al aanhaalden, maakt de ACM duidelijk dat hiermee sprake is van een collectieve afleverset als bedoeld in art. 1 Warmtewet. Voor het gebruik daarvan mag de leverancier bij verbruikers maximaal het tarief in rekening brengen dat de ACM jaarlijks vaststelt.⁵³

Eenmalige aansluitbijdrage

Tot 1 januari 2020 werd in art. 6 Warmtewet een onderscheid gemaakt tussen voorziene en onvoorziene aansluitingen. De aansluitbijdrage voor een voorziene aansluiting, ofwel: een aansluiting op een nieuw warmtenet, was niet gereguleerd. Voor onvoorziene aansluitingen, zijnde een nieuwe aansluiting op een bestaand warmtenet, bestond wel een maximumtarief. Sinds 1 januari 2020 zijn beide categorieën gereguleerd. De wetgever heeft daartoe besloten, omdat in de aansluitbijdrage (vaak ‘BAK’ genoemd) meer dan enkel de kosten voor aansluiting werden doorberekend. Een eventueel financieel tekort in de businesscase zou volgens de wetgever niet via de aansluitbijdrage opgelost moeten worden. Doel van de aanpassing in de wet is om de regulering van de aansluiting zuiver te krijgen en deze bijdrage ook echt eenmalig te laten zijn.⁵⁴ Sinds 1 januari 2020 is in art. 6 lid 1 Warmtewet dan ook bepaald dat een eenmalige aansluitbijdrage van maximaal het door de ACM vastgestelde tarief in rekening mag worden gebracht. Eventuele andere bijdragen (aan de businesscase) mogen nog wel onder een andere noemer in rekening worden gebracht.

In de zaak De Sniep stond de hoogte van de aansluitbijdrage ter discussie. De rechtbank wees er in haar uitspraak⁵⁵ op dat - artikel 6 van - de Warmtewet geen bescherming biedt tegen een aansluitbijdrage die tot stand komt binnen het overleg tussen projectontwikkelaar, gemeente en leverancier.⁵⁶ De projectontwikkelaar en gemeente hebben dan im-

⁵² Besluit van de ACM van 31 juli 2020, ACM/UIT/539171.

⁵³ Besluit van de ACM van 31 juli 2020, ACM/UIT/539171.

⁵⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34723, nr. 3, p. 12.

⁵⁵ Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3709.

⁵⁶ Daarbij verwijst de rechtbank naar Kamerstukken II 2010/11, 32839, nr. 3, p. 7.

⁵⁰ Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3708, en Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3709.

⁵¹ Besluit van de ACM van 23 oktober 2020, ACM/UIT/537875.

mers vrije keuze ten aanzien van de energievoorziening; er doet zich geen monopoliesituatie voor, zodat een redelijke prijs tot stand zou moeten komen. Daarbij gaat het in dit geval om een eenmalige bijdrage die niet als een voorwaarde voor de leveringsovereenkomst is aan te merken, maar daar aan vooraf gaat.

De wijziging in de regulering per 1 januari 2020 zoals hiervoor besproken is zonder overgangsrecht in werking getreden. In een besluit van de ACM van 31 juli 2020 ging het om de situatie waarin een leverancier bij verbruikers die vóór 1 januari 2021 op een nieuw warmtenet zijn aangesloten maandelijks een aansluitbijdrage in rekening bracht. De ACM concludeert dat, ook al is de aansluiting voor de wijziging gerealiseerd, het in rekening brengen van de maandelijks bijdrage na 1 januari 2020 in strijd is met de Warmtewet. Sindsdien geldt immers dat slechts eenmalige een bijdrage in rekening mag worden gebracht. De ACM heeft de leverancier hiervoor een bindende aanwijzing opgelegd.⁵⁷ De leverancier is hiertegen in bezwaar gegaan en aangevoerd dat nu bij de wetswijziging geen overgangsrecht is bepaald, deze geen betrekking heeft op bestaande handelspraktijken. De ACM wijst erop dat uit wetsgeschiedenis blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is dat de wijziging ook gevolgen heeft voor de wijze waarop aansluitbijdragen in bestaande situaties in rekening mogen worden gebracht en verklaart het bezwaar bij besluit van 25 februari 2021 ongegrond.⁵⁸

Kostenverdeelsystematiek

Uit art. 8a lid 2 Warmtewet volgt dat als de leverancier de aan verbruikers in rekening te brengen kosten niet baseert op een individuele warmtemeter of individuele warmtekostenverdelers, de kosten moeten worden gebaseerd op een voor alle verbruikers inzichtelijke kostenverdeelsystematiek. Deze verdeelsystematiek moet uitgaan van een zo nauwkeurig mogelijke benadering van het werkelijke aandeel van het verbruik van de individuele verbruiker.

In (wederom) De Sniep heeft de leverancier het in rekening te brengen vastrecht gebaseerd op de bruto vloeroppervlakte van de woningen. Uit de EPC-berekeningen volgt het verwacht warmteverbruik en het verwachte warm tapwaterverbruik in GJ per jaar. De Coëfficiënt of Performance (COP) van de warmtepomp bepaalt welk deel van de verwachte warmtevraag wordt onttrokken aan de bronenergie. De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat naar deze kostenverdeelsystematiek nog nader onderzoek door de ACM dient plaats te vinden. De

rechtbank geeft de ACM in de tussenuitspraken opdracht om te onderzoeken of de kosten nauwkeuriger kunnen worden vastgesteld door het uitlezen van de warmtepomp, voor alle woningcategorïen door te rekenen of de maximumprijs wordt overschreden en de onduidelijkheid over de COP op te helderen.⁵⁹

In de nieuwe beslissing op bezwaar komt de ACM tot de conclusie dat de alternatieve benadering, een berekening na het uitlezen van de warmtepomp, nauwkeuriger is dan de kostenverdeelsystematiek op basis van het bruto vloeroppervlak van de woningen. Deze alternatieve benadering behoort echter volgens de ACM niet tot de technische en financiële mogelijkheden van de leverancier, omdat niet voor alle woningen de dataset compleet is en de leverancier gelet op art. 2 lid 4 Warmtewet geen ongerechtvaardigd onderscheid mag maken jegens haar verbruikers. De leverancier kan dus niet slechts voor een gedeelte van de woningen een andere kostenverdeelsystematiek hanteren en moet daarom voor alle woningen de systematiek gebaseerd op het bruto vloeroppervlak hanteren.⁶⁰

Tarieven voor levering van warmte

In een langlopende zaak heeft de ACM op 12 december 2019 een nieuwe beslissing op bezwaar genomen.⁶¹ Nadat het CBb op 22 februari 2016⁶² oordeelde dat de Warmtewet ook van toepassing is op situaties als in deze zaak, waarin warmte van een lage temperatuur wordt geleverd, heeft de rechtbank Rotterdam bij uitspraak van 5 juli 2018⁶³ de nieuwe beslissing op bezwaar vernietigd. De rechtbank oordeelde dat bij de toets aan de maximumprijs geen onderscheid mag worden gemaakt tussen warmte en koude, nu het door de leverancier jaarrond geleverde water met een temperatuur van 12 graden Celsius als warmte in de zin van de Warmtewet kwalificeert, ongeacht of dit door verbruikers voor verwarming of koeling wordt aangewend. Ook oordeelde de rechtbank dat een leverancier niet verplicht is haar tarief op te splitsen in een gebruiksaafhankelijk en een gebruiksonafhankelijk deel. Het tarief wat voor levering van warmte in rekening wordt gebracht, moet worden getoetst aan het gehele maximumtarief dat uit die twee onderdelen bestaat.

In de nieuwe beslissing op bezwaar toetst de ACM opnieuw het door de leverancier in rekening gebrachte vastrecht aan het maximumtarief. De ACM volgt hierbij de door de rechtbank meegegeven uitgangspunten. Het in rekening gebrachte vastrecht

⁵⁷ Besluit van de ACM van 31 juli 2020, ACM/UIT/539171.

⁵⁸ Besluit van de ACM van 25 februari 2021, ACM/UIT/549608 onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2017/18, 34723*, nr. 7, p. 27.

⁵⁹ Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3708, en Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3709.

⁶⁰ Besluit van de ACM van 23 oktober 2020, ACM/UIT/537875.

⁶¹ Besluit van de ACM van 12 december 2019, ACM/UIT/525773.

⁶² CBb 22 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:30.

⁶³ Rb. Rotterdam 5 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5194.

wordt dus niet gesplitst in een koude- en warmte-deel. Het volledige bedrag wordt aan het maximumtarief als bedoeld in art. 5 lid 1 Warmtewet getoetst. Omdat het maximumtarief tevens bestaat uit een gebruikafhankelijke component, toetst de ACM het vastrecht per verbruiker. Het individuele gebruik, dat in deze zaak wordt vastgesteld aan de hand van een kostenverdeelstelsel, is immers medebepalend voor de vraag of het maximumtarief wordt overschreden. De ACM concludeert dat in vijftien gevallen de maximumprijs is overschreden en verklaart het bezwaar gegrond. Dit leidt echter niet tot het opleggen van een sanctie. Uit art. 5 lid 6 Warmtewet volgt namelijk dat de tarieven van leveranciers die de maximumprijs overschreden van rechtswege op de maximumprijs worden vastgesteld. Slechts dat bedrag zijn verbruikers dus verschuldigd en dit maakt dat het opleggen van de herstelsanctie door de ACM niet mogelijk is. Terugbetaling van onverschuldigde bedragen is immers een civielrechtelijke aangelegenheid, aldus de ACM.⁶⁴

3.7 Leveringsovereenkomst

Voor het sluiten van leveringsovereenkomsten tussen leveranciers en verbruikers zijn artikel 2 en 3 Warmtewet van belang.

In De Sniep werd in het handhavingsverzoek gewezen op een gehanteerde boeteclausule bij de koop van de woning en op koppelverkoop tussen de levering van warmte en levering van koude. Volgens de rechtbank⁶⁵ ziet de gehanteerde boeteclausule bij het uitblijven van het aangaan van een leveringsovereenkomst met de leverancier, hoewel die is opgenomen in de koopovereenkomst van de woning (waarbij leverancier geen partij is), op het aangaan van de leveringsovereenkomst. Daarmee valt het volgens de rechtbank onder het bereik van art. 2 lid 1 Warmtewet, waarin is bepaald dat een leverancier moet zorgdragen voor betrouwbare levering van warmte tegen redelijke voorwaarden en met inachtneming van een goede kwaliteit van dienstver-

lening. Volgens de rechtbank moet de zorgplicht uit dit artikel ter bescherming van de verbruiker namelijk ruim worden opgevat. De ACM krijgt daarom de opdracht om te onderzoeken of de boeteclausule een redelijke voorwaarde is als bedoeld in art. 2 lid 1 Warmtewet. In het nieuwe besluit op bezwaar concludeert de ACM dat de boeteclausule onredelijk, en dus in strijd met voornoemd artikel, is.⁶⁶ De boete betreft namelijk een bedrag per dag dat er geen leveringsovereenkomst met de leverancier is gesloten, terwijl de boete niet gemaximaliseerd is.

De ACM stelt verder vast dat de verbruikers met het aangaan van de koopovereenkomst van de woning door het accepteren van de boeteclausule daarin feitelijk reeds een leveringsovereenkomst aangaan met de leverancier. Deze heeft echter pas daarna informatie verschaft over de voorwaarden en tarieven. Dit is volgens de ACM in strijd met art. 3 lid 1 Warmtewet, waaruit volgt dat de leverancier op begrijpelijke en duidelijke wijze bepaalde informatie moet verschaffen voordat de verbruiker gebonden is aan de leveringsovereenkomst.⁶⁷

4. Afsluiting

Zoals in de inleiding al opgemerkt, zullen we het nog wel even met de huidige Warmtewet moeten doen. De jurisprudentie en besluiten van de ACM die wij hierboven besproken hebben, blijven dus relevant. Zeker nu een groot aantal onderwerpen die wij hier hebben besproken onder de Warmtewet 2 ongewijzigd zullen worden voortgezet. Althans, als er niet te veel aan de consultatieversie gesleuteld wordt voordat de Warmtewet 2 in werking treedt. Gezien de enorme opgave om Nederland aardgasvrij te maken, de belangrijke rol die warmtenetten hier in spelen en de vertraging die voor de Warmtewet 2 wordt voorzien, verwachten wij echter dat er nog wel de nodige jurisprudentie en ACM-besluiten zullen verschijnen onder de huidige regelgeving. Wij zullen dus nog wel één of meerdere keren met een uitgebreide kroniek bij u terug komen. ●

64 Besluit van de ACM van 12 december 2019, ACM/UIT/525773.
65 Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3709.

66 Besluit van de ACM van 23 oktober 2020, ACM/UIT/537875.
67 Besluit van de ACM van 23 oktober 2020, ACM/UIT/537875.