

Kroniek Warmte(wet)

– Mr. H.E. Noordhoek, mr. R.M.F. de Martines en mr. K. Meijering¹

1. Inleiding

In onze vorige kroniek² gaven we al aan dat met de komst van de Wet collectieve warmtevoorziening ('Wcw'³), die de Warmtewet moet gaan vervangen en de warmtemarkt moet gaan ordenen, veel zou gaan veranderen op het gebied van warmte(regelgeving). Deze Wcw was destijds al in consultatie geweest, maar ondertussen zijn we twee jaar verder en is het officiële wetgevingstraject voor de Wcw nog altijd niet gestart. Wel is nog steeds de bedoeling dat de Wcw en daarmee de grote veranderingen er ook echt gaan komen. Het lijkt er echter op dat dat pas in 2025 gaat gebeuren.⁴

We zullen het dus nog wel even met de huidige Warmtewet moeten doen. Daarom bespreken wij de belangrijkste jurisprudentie over de Warmtewet in de periode 2 april 2021 tot en met 7 mei 2023. Daarbij maken we weer onderscheid tussen civiele en bestuursrechtelijke rechtspraak. En bij dat laatste bespreken we weer niet alleen uitspraken van gerechtelijke instanties, maar ook besluiten van de Autoriteit Consument & Markt ('ACM'). Maar voordat we met de jurisprudentie aan de gang gaan, bespreken we eerst kort de belangrijkste wijzigingen die de Warmtewet en Warmteregeling in deze kroniekperiode hebben ondergaan.

2. Wijzigingen Warmtewet en Warmteregeling

In deze kroniekperiode is de Warmtewet op twee punten en de Warmteregeling op één punt gewijzigd. Deze bespreken we hieronder, waarbij we in 2.1 beginnen met de rendementstoets, ofwel: de bevoegdheid voor de ACM om in te grijpen bij 'overwinsten' van warmteleveranciers ('leveranciers'). Daarbij gaan we ook kort in op het 'Weighted Aver-

age Cost of Capital' ('WACC') en een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('CBB') daarover. Vervolgens bespreken we in 2.2 kort de garanties van oorsprong bij warmte (en koude) en sluiten we in 2.3 af met een wijziging in de Warmteregeling om kwetsbare verbruikers⁵ beter te beschermen.

2.1 Rendementstoets en WACC

Op 9 oktober 2021 is art. 7 lid 2 tot en met 4 Warmtewet in werking getreden.⁶ Hierin wordt geregeld dat de ACM kan onderzoeken of het rendement van een individuele leverancier 'te hoog' is (lees: dat het rendement hoger is dan het redelijk rendement dat de ACM vaststelt). Daarbij kijkt de ACM naar het rendement van alle netten van een leverancier gezamenlijk. Is die hoger dan het redelijk rendement, dan kan de ACM het 'te hoge' rendement verrekenen in de toekomstige tarieven van die leverancier. De ACM kan die toekomstige tarieven dan dus 'naar beneden bijstellen'.

Artikel 7 lid 4 Warmtewet bepaalt dat de ACM nadere regels stelt ter uitvoering van lid 2 en 3, waarbij in ieder geval regels worden gesteld over 'de rendementstoets', oftewel: (a) de elementen en wijze van berekenen van het rendement van een leverancier, (b) de vaststelling van het redelijk rendement en (c) de wijze waarop en de periode waarin verdisconteerd wordt. In dat kader heeft de ACM in juli 2022 de 'Beleidsregel Rendementstoets' ter consultatie aan belanghebbenden voorgelegd. Hierbij heeft de ACM ook de Beleidsregel Regulatorische Accountingregels (RAR) Warmte ter consultatie voorgelegd. Dit is bedoeld als set aan verslaggevingsregels die leveranciers moeten volgen bij het aanleveren van rendementsdata bij de ACM als zij de rendementstoets uitvoert.

Het derde document dat de ACM in juli 2022 ter consultatie heeft voorgelegd, is het Adviesrapport WACC rendementstoets en afleversets. Het gaat hierbij om een adviesrapport ter vaststelling van de WACC, die de ACM toepast bij de rende-

¹ Keesjan Meijering, Elise Noordhoek en Ron de Martines zijn advocaat bij AKD. De auteurs danken Thijs ten Caten, Floris van Westrhenen en Sophie Hendriks voor waardevolle opmerkingen bij de totstandkoming van deze bijdrage.

² K. Meijering, H.E. Noordhoek & R.M.F. de Martines, 'Kroniek Warmte', TBR 2021/55.

³ Zie hierover onze uitgave over de consultatieversie, te downloaden op <warmtenetwerk.nl/wp-content/uploads/Warmtewet-2-de-consultatieversie-in-kort-bestek.pdf>.

⁴ Zie het Wetgevingsprogramma Klimaat Voorjaar 2023, Deel III Het wetgevingsoverzicht, nr. 23.

⁵ In de Warmteregeling 'kwetsbare consument', maar in de Warmtewet en de daarop gebaseerde regelgeving wordt gebruik gemaakt van de definitie 'verbruiker' (waar de definitie van kwetsbare consument in de Warmteregeling overigens ook verwijst).

⁶ Stb. 2021, 459.



mentstoets. Dit adviesrapport heeft zijn grondslag in een (tussen-)uitspraak van het CBB van 26 april 2022.⁷ In deze zaak kwamen appellanten op tegen het Tarievenbesluit warmteleveranciers 2020. In dit besluit had de ACM voor de eerste keer maximumtarieven vastgesteld voor de huur van afleversets. Appellanten waren het niet eens met de wijze waarop de ACM de kosten van leningen die leveranciers hebben afgesloten in de tarieven heeft verwerkt. De ACM was uitgegaan van de kosten die Europese nutsbedrijven met een creditrating BBB+ hebben. Volgens appellanten had de ACM echter uit moeten gaan van de daadwerkelijke gemiddelde kosten van leveranciers zelf. Het CBB oordeelt dat de methode van de ACM op gespannen voet staat met het doel van de wetgever dat warmtenetten kunnen groeien. Met name kleinere leveranciers hebben hogere financieringskosten dan waarvan de ACM is uitgegaan. De methode van de ACM is daarom in het nadeel van kleinere ondernemingen: zij dreigen zo van de markt te verdwijnen, terwijl zij juist mede bijdragen aan de groei van warmtenetten. Het CBB heeft de ACM dan ook opgedragen om deze tekortkoming te herstellen. In lijn hiermee heeft de ACM het hiervoor genoemde adviesrapport laten opstellen en in consultatie voorgelegd, en vervolgens in augustus 2022 het 'Ontwerpbesluit WACC warmteleveranciers' ter inzage gelegd.

2.2 Garanties van oorsprong

Voor gas, elektriciteit en warmte bestaat al geruime tijd een systeem om duurzame energie

(‘energie uit hernieuwbare bronnen’) te certificeren. Dit gebeurt door zogenoemde ‘garanties van oorsprong’. De bevoegdheid om garanties uit te geven, in te nemen en over te boeken naar een andere partij berust bij de minister van EZK. De Minister heeft dit uitbesteed aan VertiCer (het voormalige CertiQ en Vertogas). In de praktijk werkt het zo dat producenten, handelaren en leveranciers een rekening hebben bij VertiCer. Een producent die hernieuwbare energie produceert, krijgt een garantie van oorsprong per opgewekte MWh. Hij verkoopt dit aan een handelaar, die garanties weer doorverkoopt aan energieleveranciers. Een energieleverancier laat vervolgens elke geleverde MWh aan een consument die als ‘groene’ energie is verkocht, afschrijven van haar rekening. Door dit systeem is dus gewaarborgd dat wanneer een energieleverancier een hoeveelheid hernieuwbare energie verkoopt, die hoeveelheid ook daadwerkelijk hernieuwbaar is opgewekt.

Garanties van oorsprong worden ook afgegeven voor warmte. Dit is sinds 2015 in de Warmtewet geregeld. Het systeem van garanties van oorsprong is voor warmte nagenoeg hetzelfde als het systeem voor gas en elektriciteit.⁸ Met de inwerkingtreding van de ‘Wet implementatie EU-richtlijn hernieuwbare energie voor garanties van oorsprong’ is de regeling in de Warmtewet op 1 oktober 2022 gewijzigd.⁹ De regeling in de Warmtewet ziet sinds

⁸ Kamerstukken II 2012/13, 33.493, nr. 3, p. 12.

⁹ Stb 2022, 370. Deze wet strekt tot implementatie van art. 19 van de richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking) (PbEU 2018, L 328).

⁷ CBB 26 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:184.

die datum op 'thermische energie uit hernieuwbare bronnen' en ook koude valt sindsdien onder de regeling.¹⁰

2.3 Bescherming (kwetsbare) verbruiker

De Warmteregeling kende al een strikte regeling voor beëindiging van warmteleveringsovereenkomsten door leveranciers bij wanbetaling, zeker in geval van kwetsbare verbruikers¹¹ en beëindiging in de winterperiode (art. 5 tot en met 7 Warmteregeling).

Door de uitzonderlijk stijgende energieprijzen als gevolg van de oorlog in Oekraïne dreigden veel verbruikers hun energierekening in de winter niet meer te kunnen betalen. Om dit te voorkomen, gold tussen 26 oktober 2022 en 1 april 2023 art. 7Aa Warmteregeling¹²; een tijdelijke regeling om de groep verbruikers die door de stijgende energieprijzen mogelijk (tijdelijke) betalingsproblemen zouden krijgen extra te beschermen en te voorkomen dat zij - in de winter - in de kou kwamen te zitten. Deze wijziging hield in dat de leverancier een maximale inspanning moest leveren om in persoonlijk contact met de verbruiker te treden om de mogelijkheden te bespreken om betalingsachterstanden te voorkomen en te beëindigen. Onderdeel daarvan was dat de leverancier bij de verbruiker de mogelijkheden voor financiële ondersteuning bij verschillende (overheids-)instanties onder de aandacht brengt en de mogelijkheid biedt tot het treffen van een redelijke en passende betalingsregeling.

De problemen met hoge energieprijzen waren op 1 april 2023 echter nog altijd niet opgelost. Dit heeft ertoe geleid dat op die datum een permanente wijziging van de Warmteregeling in werking is getreden.¹³ Hiermee zijn de bepalingen uit het tijdelijke regime die effectief zijn gebleken om afsluiting te voorkomen, permanent geworden. Daarmee is overigens niet alleen de positie van de kwetsbare, maar ook de 'gewone' verbruiker permanent versterkt. Een essentiële wijziging in dat kader is het nieuwe art. 4b Warmteregeling: met dit artikel is de mogelijkheid voor leveranciers om warmteleveringsovereenkomsten te beëindigen 'jaarrond' beperkt. Uit dit artikel volgt namelijk dat de leverancier de levering van warmte aan een verbruiker niet mag beëindigen, tenzij sprake is van de in art. 4b Warmteregeling genoemde gronden (die voorheen alleen golden voor kwetsbare verbruikers en in de winterperiode).

3. Civiele rechtspraak

Op civiel vlak zijn ook in deze kroniekperiode weer veel interessante uitspraken geweest. Om de kroniek leesbaar(der) te houden, hebben we die uitspraken in categorieën onderverdeeld. We beginnen bij het begin, namelijk met de vraag wanneer de Warmtewet van toepassing is (3.1). Vervolgens bespreken we in 3.2 de (slechte) verhouding tussen de Warmtewet en het huurrecht, waarna we in 3.3 rechtspraak over warmteleveringsovereenkomsten behandelen. We sluiten de civiele jurisprudentie in 3.4 af met een uitspraak over privacy en warmte(-meters).

3.1 Toepasselijkheid van de Warmtewet

Artikel 1a Warmtewet is op 1 juli 2019 in werking getreden. Uit dit artikel volgt wanneer de Warmtewet van toepassing is. Het gaat te ver om hier tot in detail te beschrijven hoe art. 1a Warmtewet in elkaar steekt¹⁴, maar kort gezegd komt het erop neer dat de Warmtewet geldt als een leverancier warmte aan verbruikers (af)levert. Daarbij geldt dat:

- i. warmte 'thermische energie die via water wordt geleverd om voor ruimteverwarming en/of verwarming van tapwater gebruikt te worden' is;
- ii. deze warmte via een 'tussenschakel' (warmtenet of in pandig leidingstelsel) aan verbruikers moet worden afgeleverd, en;
- iii. 'verbruikers' er in twee varianten zijn, namelijk wat we hier voor het gemak noemen:
 1. kleinverbruikers (individuele aansluiting tot en met 100 kW), en;
 2. doorleverende grootverbruikers (beschikt over een centrale aansluiting, levert door aan kleinverbruikers en is daarnaast verhuurder of VVE van die kleinverbruikers).

Is aan deze eisen voldaan, dan is de Warmtewet in principe van toepassing. 'In principe', omdat hier twee uitzonderingen op gelden. De Warmtewet geldt namelijk niet als de leverancier ook verhuurder van de verbruiker is en de warmte wordt geleverd ten behoeve van de woon- of bedrijfsruimte die deze verbruiker huurt (verhuurder en leverancier zijn één). Ook geldt de Warmtewet niet als de leverancier tevens een VvE (of vergelijkbare rechtsvorm) is, én de verbruiker aan wie warmte wordt geleverd lid is van deze VvE/vergelijkbare rechtsvorm.¹⁵ De gedachte achter deze twee uitzonderingen is dat deze huurder-/lid-verbruikers niet (extra) door de Warmtewet beschermd hoeven te worden, omdat zij al voldoende worden beschermd door het

¹⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35.814, nr. 3, p. 4.

¹¹ Uit art. 1 Warmteregeling volgt dat onder 'kwetsbare consument' wordt verstaan: 'een verbruiker voor wie de beëindiging van de levering van warmte zeer ernstige gezondheidsrisico's tot gevolg zou hebben of voor de huisgenoten van de verbruiker'.

¹² Stcrt. 2022, nr. 28723.

¹³ Stcrt. 2023, nr. 10020

¹⁴ Zie hierover uitgebreid: R.M.F. de Martines & K. Meijering, 'Wanneer is de Warmtewet van toepassing?', VGR 2022, afl. 3, p. 101-104.

¹⁵ Artikel 1a Warmtewet.

huurrecht, respectievelijk de regeling van VvE's in het BW.¹⁶

In deze kroniekperiode zijn echter twee uitspraken geweest waaruit blijkt dat je bij de vraag of de Warmtewet van toepassing is soms verder moet kijken dan alleen art. 1a van diezelfde wet.

Ten eerste een opmerkelijk arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 1 juni 2021¹⁷. Het ging hier om warmtelevering door een vereniging aan haar leden. Daarbij hanteerde de vereniging een tariefsystematiek die van de Warmtewet afwijkt; er werd niet individueel afgerekend, maar alle kosten werden gelijkelijk verdeeld. Daar was een van de leden het niet mee eens; hij vond dat volgens de Warmtewet moest worden afgerekend. Het Hof oordeelde echter dat de beschermingsgedachte achter de Warmtewet¹⁸ zich er niet tegen verzet dat de afwijkende tariefsystematiek werd gehanteerd, omdat de leden gezamenlijk beslisten over de warmtelevering. Ook paste het niet bij de wijze van samenleven van de bewoners om warmtekosten op basis van individueel gebruik af te rekenen: de bewoners verdeelden immers alle kosten gelijkelijk. In deze bijzondere situatie mogen de warmtekosten volgens het Hof gelijkelijk worden verdeeld, ongeacht het feitelijk verbruik.

In een uitspraak van de rechtbank Gelderland werden de maximumtarieven van de Warmtewet buiten toepassing gelaten. Dit terwijl de Warmtewet - en daarmee ook de op grond daarvan geldende maximumtarieven - op grond van art. 1a Warmtewet (mogelijk) wel van toepassing was. Het betrof warmtelevering op grond van afspraken uit 2012 (dus al voor inwerkingtreding van de Warmtewet op 1 januari 2014). Toepassing van de maximumtarieven zou volgens de rechtbank zodanig afdoen aan de afspraken tussen partijen, dat die afspraken niet zonder wijziging in stand zouden kunnen blijven. Daarom zou toepassing van de Warmtewet volgens de rechtbank onaanvaardbaar zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Op grond van art. 6:2 BW blijft toepassing van de maximumtarieven daarom achterwege.¹⁹

3.2 Warmtewet en huurrecht

Discussies over de toepasselijkheid van de Warmtewet spelen zich overigens vooral af op het snijvlak van Warmtewet en huurrecht. De (slechte)

verhouding tussen deze twee is nog altijd voer voor veel (juridische) discussie, tot de Hoge Raad aan toe. En dat ondanks de inwerkingtreding van het hiervoor besproken art. 1a Warmtewet, dat een einde aan die discussies had moeten maken door te bepalen dat de Warmtewet niet geldt als verhuurder en leverancier één zijn.

Maar die discussies lopen dus nog steeds en de jurisprudentie op dat punt bespreken wij hieronder. Daarbij beginnen we met een uitspraak van de rechtbank Rotterdam over de toepasselijkheid van de Warmtewet in een huurverhouding vóór inwerkingtreding van art. 1a Warmtewet. Daarna gaan we in op het langverwachte - arrest in de zaak '*Acanthus*'²⁰. Hierin heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de complexe materie van tarifiering als warmtelevering geschiedt met gebruik van een installatie die als 'onroerende aanhorigheid' kwalificeert. Vervolgens bespreken we een arrest van het Hof Amsterdam van 31 januari 2023²¹ in de zaak '*Amstelhof*'. Een belangrijk arrest voor verhuurders die de warmtelevering aan hun huurders bij een leverancier hebben belegd die onderdeel is van 'het eigen concern'.

Warmtewet in huurverhoudingen vóór 1 juli 2019

In onze vorige kroniek omschreven wij al dat sommige rechters op deze wetswijziging anticipeerden en bepaalden dat de Warmtewet ook al vóór 1 juli 2019 niet van toepassing was op warmtelevering door een verhuurder aan haar huurders.²² De rechtbank Rotterdam ging daar op 8 april 2021 echter niet in mee, en bepaalde dat vóór 1 juli 2019 de Warmtewet 'gewoon' van toepassing was op warmtelevering door verhuurder aan huurder.²³

Acanthus: warmtelevering, tarifiering en onroerende aanhorigheden

Huurrecht en Warmtewet maakt een ongelukkig huwelijk. Zeker op het gebied van hun tariefsystematieken. Op dit punt heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het huurrecht 'boven de Warmtewet' gaat. Om dit, en (daarmee) het oordeel van de Hoge Raad en de gevolgen hiervan, goed te kunnen begrijpen, schetsen wij hieronder eerst kort de beide regimes. Daarna bespreken wij het arrest zelf.

Warmtelevering onder het huurrecht en de Warmtewet: tariefsystematieken

Op grond van het huurrecht (art. 7:237 BW) mag een verhuurder voor woonruimte de volgende kosten in rekening brengen aan zijn huurder: (i)

¹⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34.723, nr. 3, p. 4-6.

¹⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5653. Voor de uitspraak in eerste aanleg, zie Rb. Gelderland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6395.

¹⁸ Door het Hof als volgt verwoord 'de verbruiker moet worden beschermd tegen een monopolist die zelf het warmtenet kan uitzoeken en die de prijzen voor warmtelevering kan dicteren'.

¹⁹ Rb. Gelderland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1338 (tussenvervals) en Rb. Gelderland 5 april 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:1965 (eindvonnis).

²⁰ HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:61.

²¹ Hof Amsterdam 31 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:132.

²² Zie K. Meijering, H.E. Noordhoek & R.M.F. de Martines, 'Kroniek Warmte', TBR 2021/55, p. 409-410.

²³ Rb. Rotterdam 8 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2998, r.o. 5.4.

de 'kale' huurprijs, oftewel: de prijs die is verschuldigd voor het enkele gebruik van de woonruimte en onroerende aanhorigheden (art. 7:233 BW), (ii) kosten voor nutsvoorzieningen met een individuele meter, (iii) servicekosten, oftewel: de vergoeding voor de overige zaken en diensten die geleverd worden in verband met de bewoning van de woonruimte en (iv) een energieprestatievergoeding.

Belangrijk hier is het onderscheid tussen de kale huurprijs en de servicekosten. De huurprijs vormt de vergoeding voor het gebruik van de woonruimte op zich; deze dient ter dekking van (in elk geval) de investeringskosten/de afschrijving én het verhuurdersonderhoud. Tot 'de woonruimte' behoren ook de 'onroerende aanhorigheden'. Dit zijn voorzieningen die naar hun aard (feitelijk of goederenrechtelijk) onlosmakelijk verbonden zijn met de gehuurde woonruimte.²⁴ Voor de vraag of iets als onroerende aanhorigheid kwalificeert is het niet relevant of de eigenaar van de woonruimte ook de eigenaar van de onroerende aanhorigheid is (dat mag dus ook een ander zijn, veelal via een opstalrecht). Klassieke voorbeelden van onroerende aanhorigheden zijn liften en trappenhuisen.

De servicekosten vormen de vergoeding voor de geleverde overige zaken en diensten. Denk bijvoorbeeld aan het uitvoeren van huurdersonderhoud, het huren van meubels en inboedel, kosten huismeester, het schoonmaken van de gemeenschappelijke ruimtes, et cetera. De wet biedt de verhuurder geen vrije keuze om zaken via de servicekosten of de kale huur in rekening te brengen. Voor de terbeschikkingstelling van het gehuurde (en het onderhoud en de afschrijving daarvan) kan alleen via de kale huur een vergoeding worden bedongen. Deze kosten kunnen dan niet als servicekosten (aanvullend) in rekening worden gebracht.

De Warmtewet werkt heel anders; onder de Warmtewet mag de leverancier een vast tarief en een variabel tarief (per GJ) voor de levering van warmte in rekening brengen²⁵ (zie art. 2 lid 3 onder a Warmtewet²⁶). De maximaal in rekening te brengen tarieven worden jaarlijks door de ACM vastgesteld. Deze (maximum-)tarieven zijn echter niet toe te rekenen aan specifieke kostenposten, zoals - in het huurrecht - kosten voor afschrijving en onderhoud of kosten voor de benodigde elektra of water. Zo werkt de tariefstelsystematiek uit de Warmtewet niet. Bij de Warmtewet wordt maar één ding getoetst; komt het totaal in rekening gebrachte bedrag (aan

vastrecht + bedrag per GJ) boven het maximaal toegestane bedrag uit? Daarbij geschiedt die toets aan de totale maximumprijs, niet aan losse componenten.²⁷ Het staat de leverancier dus in principe vrij om kostenposten toe te rekenen aan vaste of variabele kosten, zolang de som van die twee de totale maximumprijs maar niet overschrijdt.²⁸

Warmtelevering en onroerende aanhorigheden

In het Acantus-arrest kwam de vraag aan de orde of een WKO-installatie een onroerende aanhorigheid is. In dat geval ging het om twee woontorens die allebei waren aangesloten op één WKO-installatie. Het Hof oordeelde dat deze installatie een onroerende aanhorigheid is. Volgens het Hof kan een voorziening een onroerende aanhorigheid zijn als deze deel uitmaakt van het gehuurde en de huurder daarvan het exclusieve gebruik heeft, maar ook 'wanneer de voorziening naar haar aard fysiek met het gehuurde is verbonden (onroerend is) of naar verkeersopvatting tot het gebruikelijke uitrustingsniveau van het gehuurde behoort'. In dit geval was de WKO-installatie een onroerende aanhorigheid omdat het gebouw en de WKO-installatie in constructief opzicht op elkaar waren afgestemd. Het was volgens het Hof niet mogelijk de woningen op een andere manier te verwarmen. Zonder WKO-installatie is het gebouw niet compleet.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest bevestigd dat de redenatie van het Hof (waarom de WKO-installatie een onroerende aanhorigheid kan zijn) juridisch juist was. Volgens de Hoge Raad mag dus aangenomen worden dat een WKO-installatie een onroerende aanhorigheid is, als deze onroerend is, fysiek met het gehuurde is verbonden en naar haar aard behoort tot het gebruikelijke uitrustingsniveau van elk appartement/woning in het gebouw.

Kapitaals- en onderhoudslasten

Of een warmtevoorziening (zoals een WKO-installatie) een onroerende aanhorigheid is, is heel relevant voor de vraag of, en zo ja hoe, de daarmee samenhangende kapitaals- en onderhoudslasten (die de Hoge Raad overigens niet definieert) bij huurders in rekening mogen worden gebracht. De Hoge Raad oordeelt namelijk, kort gezegd:

1. dat uit art. 7:237 lid 2 BW volgt dat de verhuurder de kapitaals- en onderhoudslasten van een onroerende aanhorigheid (zoals hier de WKO-installatie), niet als servicekosten naast de kale huurprijs aan huurders in rekening kan brengen. Dit terwijl de Warmtewet de leverancier de mogelijkheid biedt om de kapitaals- en onderhoudslasten als onderdeel van de maxi-

²⁴ HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:61, r.o. 3.1.2.

²⁵ N.B. Er mag alleen een variabel tarief in rekening worden gebracht als er warmte wordt geleverd als bedoeld in art. 1a lid 1 onder a, b of d Warmtebesluit. Als dat niet het geval is c.q. als er warmte als bedoeld in art. 1a lid 1 onder c Warmtebesluit ('bronwarmte') wordt geleverd, dan mag de leverancier uitsluitend vastrecht in rekening brengen.

²⁶ Op de tariefstelsystematiek van de Warmtewet gaan we onder 4.6 verder in.

²⁷ Stb. 2013, 359, p. 8.

²⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 5 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5194, r.o. 13.

male prijs volgens de Warmtewet aan de verbruiker in rekening te brengen;

2. dat deze regelingen tegenstrijdig zijn indien de verhuurder 'leverancier' is in de zin van de Warmtewet en de huurders 'verbruiker';
3. dat in deze tegenstrijdigheid art. 7:237 lid 2 BW prevaleert ('huurrecht boven Warmtewet gaat'), en;
4. dat dat ook volgt uit de omstandigheid dat het samenstel van art. 7:233 BW en art. 7:237 BW strekt tot bescherming van de huurder van woonruimte en de Warmtewet niet beoogt afbreuk te doen aan die bescherming.

I s een warmtevoorziening een onroerende aanhoorigheid, dan worden de 'kapitaals- en onderhoudskosten' dus geacht in de kale huurprijs te zijn inbegrepen. Deze kosten mogen niet nog apart als servicekosten in rekening worden gebracht (omdat het wettelijk systeem dwingend voorschrijft dat deze worden geacht in de kale huurprijs te zijn inbegrepen, ongeacht of daar daadwerkelijk, bij de vaststelling van de huurprijs, rekening mee is gehouden). Dat een warmtevoorziening wordt beheerd door (en/of door middel van een opstalrecht in eigendom is van) een andere entiteit maakt dit volgens de Hoge Raad ten slotte niet anders.

Amstelhof: vereenzelviging verhuurder en (zuster-) leverancier

I n de vorige kroniek bespraken wij de zaak 'Amstelhof' al kort. Destijds was net in eerste aanleg tussenvonnissen²⁹ gewezen en in deze kroniekperiode heeft het hof (eind-)arrest gewezen.³⁰ Kort gezegd ging het in deze zaak om het volgende: huurders huurden al jaren woonruimte van verhuurder. Mede met het oog op de invoering van de Warmtewet heeft de moedermaatschappij van verhuurder een aparte 'energie-bv' opgericht en de opwekking en levering van warmte en de aanleg van de daarvoor benodigde installaties daarin ondergebracht. Alle huurders hebben vervolgens warmteleveringsovereenkomsten met de energie-bv gesloten.

D e belangrijkste vraag die het hof hier moest beantwoorden was of de verhuurder en de energie-bv vereenzelvigd moesten worden. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend. Daarbij wijst het hof erop dat verhuurder en de energie-bv zustermaatschappijen zijn, zij allebei volledig onder de controle van hun moedermaatschappij staan en er ten behoeve van de energie-bv geen opstalrecht was gevestigd voor de verwarmingsinstallatie. Ten slotte acht het hof relevant dat het aanvaarden van de scheiding tussen verhuurder en energie-bv zou inhouden dat huurders de mogelijkheid werd ontnomen de servicekosten door de huurcommissie

te laten beoordelen volgens de maatstaf van art. 7:259 BW. Dit alles maakt dat het hof oordeelt dat deze scheiding geen stand kan houden, en - onder verwijzing naar 'Acantus' - verhuurder hier is aan te merken als 'leverancier' in de zin van de Warmtewet, zijn huurders 'verbruikers' zijn en in deze situatie - waarin de regelingen tegenstrijdig zijn - het huurrecht boven de Warmtewet prevaleert. De huurders kunnen zich dus tegenover verhuurder beroepen op de maatstaf uit art. 7:259 BW.

Warmteleveringsovereenkomsten

H et overgrote deel van de verplichtingen tussen leverancier en verbruiker volgen uit de warmteleveringsovereenkomst. Veel uitspraken uit deze kroniekperiode die wij hier bespreken gaan dan ook over die overeenkomsten. In die jurisprudentie komen vaak niet alleen de eisen van het warmterecht, maar ook sommige uit het consumentenrecht aan bod. Veel verbruikers zijn namelijk tevens 'consumenten' in de zin van het consumentenrecht en worden dus ook uit dien hoofde beschermd.³¹

H ieronder beginnen wij met uitspraken over de totstandkoming van warmteleveringsovereenkomsten. Vervolgens bespreken we de verplichtingen voor leveranciers om verbruikers vóór het aangaan van warmteleveringsovereenkomsten bepaalde informatie te verstrekken. Dit volgen we op met een bespreking van jurisprudentie over de inhoud van warmteleveringsovereenkomsten en we sluiten af met de (on)mogelijkheden van ontbinding van diezelfde overeenkomsten.

Totstandkoming warmteleveringsovereenkomsten

B ij overeenkomsten denken we meestal toch aan een stapel papier met onderaan handtekeningen van alle partijen (lees: een schriftelijk aangegane overeenkomst). Toch worden lang niet alle overeenkomsten op die manier aangegaan.

Waternet-arrest

Z o bepaalt de Warmtewet sinds 1 juli 2019 niet meer dat een warmteleveringsovereenkomst schriftelijk moet worden aangegaan.³² Warmteleveringsovereenkomst zijn dus - in principe, daar komen we nog op terug - vormvrij. In een aantal uitspraken gaan rechtbanken in op de vraag of een warmteleveringsovereenkomst tot stand is gekomen, als deze niet schriftelijk is aangegaan. In die uitspraken wordt verwezen naar het Waternet-ar-

³¹ 'Consument' wordt in art. 6:230g lid 1 onder a BW (voor de toepassing van Boek 6, Titel 5, Afdeling 2b) gedefinieerd als 'iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen'.

³² De schriftelijkheidseis verviel - kort gezegd - omdat deze zich niet goed verhiel tot het consumentenrecht. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34723, nr. 3, p. 48.

²⁹ Rb. Amsterdam 24 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6949.

³⁰ Hof Amsterdam 31 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:132.

rest van de Hoge Raad.³³ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, naar Nederlands recht afhankelijk is *‘van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid. Aanbod en aanvaarding behoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden. Zij kunnen in elke vorm plaatsvinden en kunnen besloten liggen in een of meer gedragingen’*. Daarbij achtte de Hoge Raad relevant dat de afnemer (van drinkwater) (i) wist dat de levering van drinkwater niet gratis is, (ii) niettemin bijna vier jaar lang structureel drinkwater heeft verbruikt, (iii) ook nadat hij de welkomstbrief van Waternet en de daaropvolgende facturen en aanmaningen had ontvangen, zijn waterverbruik heeft voortgezet, en (iv) nadat een rechterlijke machtiging was verleend om de drinkwateraansluiting van de woning af te sluiten, heeft laten weten dat hij toch een overeenkomst met Waternet wenste.

Warmteleveringsovereenkomst tot stand gekomen, ondanks dat deze niet schriftelijk is aangegaan

De rechtbank Amsterdam paste deze criteria in een uitspraak van 28 april 2022 toe op de totstandkoming van warmteleveringsovereenkomsten.³⁴ Ook hier was geen sprake van een schriftelijke warmteleveringsovereenkomst. Wel had de gebruiker een welkomstpakket van de leverancier ontvangen, had hij vele facturen ontvangen voor de levering en was hij structureel warmte en/of koude blijven verbruiken, wetende dat dat niet gratis is. Onder die omstandigheden was volgens de rechtbank een warmteleveringsovereenkomst tot stand gekomen. Dat voorafgaand aan de warmtelevering geen contact plaatsvond tussen de leverancier en de afnemer, doet daar volgens de rechtbank aan niet af.³⁵

Uitzondering: warmteleveringsovereenkomst op afstand na telefoongesprek moet (wel) schriftelijk worden aangegaan

Maar zoals hiervoor al aangegeven, is een warmteleveringsovereenkomst ‘in principe’ vormvrij. Voor overeenkomsten op afstand met een consument voor de levering *‘van stadsverwarming’* geldt echter dat deze schriftelijk moet worden aangegaan, als deze het gevolg is van een telefoongesprek dat als doel had het sluiten van een dergelijke over-

eenkomst (art. 6:230v lid 6 BW³⁶). In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 19 juli 2021³⁷ draaide het om een warmteleveringsovereenkomst op afstand die, kennelijk op initiatief van een leverancier, telefonisch tot stand zou zijn gekomen. Na dit gesprek had de leverancier een bevestigingsbrief aan de consument gestuurd en was laatstgenoemde ook warmte gaan afnemen. De rechtbank oordeelt dat niet blijkt van een schriftelijk aangegane warmteleveringsovereenkomst. De overlegde bevestigingsbrief van de leverancier is in dat verband onvoldoende, nu daaruit geen schriftelijke bevestiging van de warmteleveringsovereenkomst door de gebruiker blijkt. De rechtbank oordeelt daarom dat de warmteleveringsovereenkomst nietig is, met verwijzing naar art. 3:39 BW. En omdat de overeenkomst nietig is, bestaat er geen betalingsplicht voor de gebruiker en wordt de vordering tot betaling daarvan afgewezen.

Informatieverplichtingen voor de leverancier

Voor dat een gebruiker gebonden is aan een warmteleveringsovereenkomst, moet de leverancier op duidelijke en begrijpelijke wijze bepaalde informatie verstrekken (art. 3 lid 1 Warmtewet). Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de minimum- en maximumtemperatuur van de te leveren warmte en de toepasselijke prijzen en voorwaarden, maar ook om een omschrijving van de eisen waaraan de binneninstallatie van de gebruiker moet voldoen om veilig gebruik te kunnen maken van de geleverde warmte. Deze informatieverplichtingen volgen niet alleen uit de Warmtewet, maar ook uit het BW.³⁸ De rechter toetst ambtshalve of de leverancier heeft voldaan aan zijn informatieverplichtingen: het is dus niet nodig dat een van de partijen zich hierop beroept.³⁹

Met name als de rechtbank oordeelt dat een warmteleveringsovereenkomst tot stand is gekomen, maar deze niet schriftelijk is aangegaan, blijkt het lastig voor leveranciers om te onderbouwen dat ze (wel) aan hun informatieverplichtingen hebben voldaan. Zo voerde een leverancier aan dat hij had voldaan aan zijn informatieverplichtingen door toezending van een welkomstpakket, bestaande uit een warmteleveringsovereenkomst, een ‘information card’, een product- en tarievenblad,

³⁶ N.B. In dit artikel wordt de term ‘stadsverwarming’, niet ‘warmte’ zoals in de Warmtewet, gebruikt. De term ‘stadsverwarming’ wordt echter niet gedefinieerd. De rechtbank Amsterdam gaat niet uitdrukkelijk in op het onderscheid tussen ‘warmte’ en ‘stadsverwarming’. Overigens bepaalt art. 3 lid 3 Warmtewet dat art. 6:230v BW van overeenkomstige toepassing is op de informatieverplichtingen voor leveranciers bedoeld in art. 3 lid 1 en lid 2 Warmtewet.

³⁷ Rb. Amsterdam 19 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5142.

³⁸ Zie art. 3 Warmtewet en art. 6:230m lid 1 en art. 6:230v BW.

³⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 28 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2100, r.o. 5, Rb. Amsterdam 5 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6969 en Rb. Amsterdam 5 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6970.

³³ HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1889.

³⁴ Zie Rb. Amsterdam 28 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2100.

³⁵ Zie ook de vergelijkbare uitspraak Rb. Amsterdam 6 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6972.

algemene leveringsvoorwaarden en aansluitvoorwaarden. De rechtbank kon op grond van dit welkomstpakket echter niet vaststellen dat de vereiste informatie aan de gebruiker was verstrekt vóórdat die gebonden was aan de warmteleveringsovereenkomst. Daarom houdt de rechtbank het ervoor dat de leverancier *niet* aan zijn informatieverplichtingen heeft voldaan. De rechtbank stelt de gevolgen daarvan vast met gebruikmaking van de 'Richtlijn voor sanctiëring van schending van essentiële informatieverplichtingen'. Dit document, opgesteld door de rechtspraak, bevat richtlijnen voor de sancties voor het niet voldoen aan essentiële informatieverplichtingen. De sanctie bestaat telkens uit een vermindering van de door de consument verschuldigde hoofdsom. Het percentage van vermindering is afhankelijk van hoeveel informatieverplichtingen de leverancier niet is nagekomen. In het geval waarover de rechtbank Amsterdam oordeelde, nam de rechtbank aan dat de leverancier aan geen van de informatieverplichtingen had voldaan. Dat leidt tot een sanctiepercentage van 50%.⁴⁰

3.3 Inhoud warmteleveringsovereenkomsten

In deze kroniekperiode zijn drie interessante uitspraken gewezen over de inhoud van warmteleveringsovereenkomsten. De eerste ziet op een bepaling in algemene voorwaarden die leveranciers toestaat pas tot afsluiting over te gaan als de daarmee gemoeide kosten zijn betaald, een tweede op een exoneratiebeding (al staat deze heel strikt gezien niet in een leverings-, maar in een aansluitovereenkomst) en de derde op een collectieve actie over bepaalde kostencomponenten die een leverancier bij gebruikers in rekening bracht.

Vernietiging algemene voorwaarde die verplicht tot betaling van een vergoeding voordat er afgesloten wordt

Een veelgebruikte algemene voorwaarde in warmteleveringsovereenkomsten is dat de leverancier voorwaarden aan afsluiting (van het warmtenet) mag verbinden. Een voorbeeld van een voorwaarde die leveranciers aan afsluiting verbinden is dat zij vooruitbetaling mogen verlangen van de kosten voor afsluiting. In een uitspraak van de rechtbank Zeeland - West-Brabant van 15 september 2021⁴¹ ging het om deze voorwaarde. In de zaak die tot deze uitspraak leidde had een gebruiker zijn warmteleveringsovereenkomst opgezegd, waarop de leverancier had aangegeven dat hij pas tot afsluiting over zou gaan als de gebruiker kosten daarvoor (vooruit) had betaald. Daarbij stelde de leverancier dat de gebruiker zolang hij niet was afgesloten, gebonden bleef aan de verplichtingen

uit de warmteleveringsovereenkomst, waaronder betaling van het vastrecht. En omdat de gebruiker geweigerd had de kosten van afsluiting vooruit te betalen, heeft de leverancier hem nooit afgesloten en moest gebruiker voorschotten blijven betalen totdat hij (wel) was afgesloten, aldus de leverancier. Hiermee zet de leverancier gebruikers volgens de rechtbank 'voor het blok'; zij worden voor de keuze gesteld om de kosten van afsluiting vooraf te voldoen (naast de voorschotten die zij verschuldigd blijven totdat leverancier tot afsluiting overgaat), óf om voor onbepaalde tijd het vastrecht te blijven betalen. Dit leidt ertoe dat de rechter de bepaling in de algemene voorwaarden op grond waarvan de leverancier vooruitbetaling mag verlangen van de kosten voor afsluiting, vernietigt.⁴²

Exoneratiebeding

Goede exoneraties in overeenkomsten zijn van essentieel belang, ook bij warmte. Zo wordt goed geïllustreerd in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 15 december 2021.⁴³ Het draaide om de volgende exoneratie: '[leverancier] is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, jegens [gebouweigenaar] niet aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van een gebrekkige aansluiting, dan wel van een handelen of nalaten in verband met een aansluiting door [leverancier] (...)'. In lid 2 van de bepaling staat nog wel dat de exoneratie niet geldt bij opzet of grove schuld. Nadat bleek dat door het leveren van te heet water (aanzienlijke) schade aan het in pandig leidingstelsel was ontstaan, spreekt een gebouweigenaar de leverancier aan. De rechtbank oordeelt dat deze situatie onder de exoneratie valt, omdat het leveren van te heet water of het doorlaten van te veel warmte door de warmtewisselaar 'een handelen (...) in verband met de aansluiting' is. Omdat ook geen sprake is van opzet of grove schuld, wijst de rechtbank de vordering af.

Wel of niet overeengekomen tariefcomponenten

Als een leverancier bepaalde kostencomponenten/tariefonderdelen bij gebruikers in rekening wil (kunnen) brengen, moet hij met deze gebruikers wel overeengekomen zijn dat zij gehouden zijn diezelfde kostencomponenten/tariefonderdelen te betalen. Dat klinkt eenvoudig, maar zoals blijkt uit twee uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant van 26 januari 2022⁴⁴ is het dat zeker niet altijd het geval. Het ging in deze zaken om een aansluitbijdrage, waarvan de leverancier een deel/specifieke component periodiek (als onderdeel van

⁴⁰ Rb. Amsterdam 6 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6972.

⁴¹ Rb. Zeeland - West-Brabant 15 september 2021, ECLI:NL:RBZW:2021:4615.

⁴² Dit overigens in lijn met Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1904, r.o. 6.17. (zie daarover K. Meijering, H.E. Noordhoek & R.M.F. de Martines, 'Kroniek Warmte', TBR 2021/55, p. 414).

⁴³ Rb. Amsterdam 15 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7974.

⁴⁴ Rb. Oost-Brabant 26 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:206 en ECLI:NL:RBOBR:2022:207.

het vastrecht) bij verbruikers in rekening bracht. Volgens de rechtbank bestond daar echter geen grondslag voor; uit de stukken volgde immers dat de aansluitbijdrage een éénmalige vergoeding was, verschuldigd op het moment dat de woning op het warmtenet werd aangesloten. Het in rekening brengen van de periodieke aansluitbijdrage is dus niet tussen partijen overeengekomen. Volgens de rechtbank bestaat er ook geen andere rechtsgrond (de leverancier had zich beroepen op art. 6:248 lid 1, art. 7:4 en art. 7:405 BW) voor het in rekening brengen van deze bedragen. De rechtbank verklaart dan ook voor recht dat deze bedragen (gedurende maximaal 30 jaar) zonder rechtsgrond in rekening zijn gebracht.

Ontbinding warmteleveringsovereenkomsten

Uit de Warmteregeling volgen (zware) eisen waaraan de leverancier moet voldoen voordat hij een warmteleveringsovereenkomst kan ontbinden.⁴⁵ De rechter toetst bij ontbindingsvorderingen van leveranciers ambtshalve of aan deze eisen is voldaan. In twee uitspraken uit december 2022 kwam de rechtbank tot het oordeel dat de leverancier niet aan alle verplichtingen op dit vlak had voldaan. Zo hadden de leveranciers niet geprobeerd om in persoonlijk contact te treden met de verbruiker over de mogelijkheden van schuldhulpverlening. De rechtbank wees de ontbindingsvorderingen daarom af.⁴⁶

3.4 Privacy

We sluiten het civiele deel af met een uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 25 januari 2023.⁴⁷ Hierin kwam het onderwerp privacy aan de orde. De leverancier (tevens verhuurder) vorderde dat een verbruiker (zijn huurder) zou meewerken aan de plaatsing van een slimme warmtemeter. De verbruiker wilde alleen meewerken als zijn recht op bescherming van persoonsgegevens niet (op disproportionele wijze) zou worden aange tast. In dat verband voerde hij onder meer aan dat geen Data protection impact assessment ('DPIA') was uitgevoerd. Met een DPIA - een vorm van een risicoanalyse - kan worden beoordeeld hoe groot de impact van een verwerking zal zijn op het recht op bescherming van persoonsgegevens. Onderdeel van een DPIA is een beoordeling van de beoogde maatregelen om eventuele risico's aan te pakken. Maatregelen om voldoende bescherming van persoonsgegevens te kunnen garanderen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit waarborgen, maatregelen en mechanismen. Het doen van een DPIA is verplicht

voor het gebruik van een slimme meter.⁴⁸ Volgens de rechter bestaat er in dit geval - omdat geen DPIA is uitgevoerd - geen waarborg dat de gegevens in het kader van de privacy goed verwerkt worden. Echter, nu de verbruiker op zitting had aangegeven dat hij mee wilde werken aan plaatsing van een slimme warmtemeter die niet op afstand uitleesbaar is, is de rechter van mening dat een DPIA achterwege kan blijven. De verbruiker bood daarbij aan zelf de meterstanden te zullen doorgeven. De verbruiker wordt daartoe door de rechter veroordeeld. Omdat de meter niet op afstand uitleesbaar is, bestaat geen noodzaak meer voor uitvoering van een DPIA.

4. Bestuursrecht

In dit onderdeel bespreken wij de bestuursrechtelijke rechtspraak en besluiten van de ACM. Ook deze hebben wij weer in een aantal categorieën opgedeeld. We beginnen in 4.1 met de vraag wie als 'leverancier' kwalificeert, waarna we in 4.2 ingaan op de betrouwbare levering van warmte, gevolgd in 4.3 met storingscompensatie en -registratie en in 4.4 met demarcatie. Ten slotte gaan we uitgebreid in op het meten van warmte en de tarifiering (in respectievelijk 4.5 en 4.6).

4.1 Wie is 'leverancier'?

Een 'leverancier' is volgens art. 1 lid 1 Warmtewet: 'een persoon die zich bezighoudt met de levering van warmte'. Bij 'levering van warmte' gaat het om aflevering van warmte aan verbruikers, ofwel de fysieke beschikbaarstelling van warmte aan verbruikers op het overdrachtspunt.⁴⁹ In de praktijk zijn vaak verschillende partijen betrokken bij warmtelevering en ontstaat er nogal eens discussie over de vraag wie leverancier is. In de vorige kroniek hebben we op dit punt de 'Leidraad verplichtingen voor de warmteleverancier' van de ACM behandeld. In die leidraad heeft de ACM een beschrijving gegeven van het begrip '(warmte-)leverancier'. Volgens de ACM moet uit feiten en omstandigheden van het geval blijken wie leverancier is, en is niet doorslaggevend welke partij contractuele afspraken heeft gemaakt over de levering van warmte.

Rechtspraak
Inmiddels heeft de rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan⁵⁰ in een van de zaken⁵¹ die we in de vorige kroniek bespraken. De rechtbank heeft het oordeel van de ACM dat de partij jegens wie een handnavingsverzoek was ingediend leverancier is,

⁴⁵ Zie art. 4b tot en met 7 van de Warmteregeling. In paragraaf 2.3 van deze kroniek zijn wij daar kort op ingegaan.

⁴⁶ Rb. Amsterdam 5 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6970 en Rb. Amsterdam 6 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6972.

⁴⁷ Rb. Zeeland-West-Brabant 25 januari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:552.

⁴⁸ Dat leidt de rechter af uit art. 35 AVG en het 'Besluit lijst verwerkingen persoonsgegevens waarvoor een gegevensbeschermingseffectbeoordeling (DPIA) verplicht is, Autoriteit Persoonsgegevens'.

⁴⁹ Zie art. 1 Warmtewet en *Kamerstukken II* 2002/03, 29048, nr. 3, p. 19.

⁵⁰ Rb. Rotterdam 29 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8021.

⁵¹ Het gaat om het Besluit van de ACM van 7 februari 2020, ACM/UIT/528521 en het bijbehorende besluit op bezwaar: Besluit van de ACM van 5 november 2020, ACM/UIT/541320.

bevestigd. Deze partij is de eigenaar van de bron, de collectieve warmtepompen en de daartussen liggende leidingen en draagt de verantwoordelijkheid voor het onderhoud. Verder heeft deze partij overeenkomsten met de verbruikers die in het complex wonen, die elk maandelijks vastrecht aan hem betalen. In het standpunt van deze partij dat dit geen warmteleveringsovereenkomst is, maar een huurovereenkomst waarmee een gebruiksrecht op de warmtepompen en de bron wordt verleend, gaan de ACM en de rechtbank niet mee. Het geheel aan overeenkomsten kan niet anders worden geduid dan als een warmteleveringsovereenkomst. Daarvoor wordt onder meer van belang geacht dat in het tarievenblad bij de overeenkomst staat dat de Algemene leveringsvoorwaarden warmte/koude van deze partij/leverancier van toepassing zijn.

Uit een besluit van de ACM naar aanleiding van een handhavingsverzoek blijkt dat niet doorslaggevend is welke partij het feitelijke beheer voert. In deze zaak was de WKO-installatie overgedragen door Partij A aan Partij B. Tot dat moment was Partij A de leverancier. Deze had ook een warmteleveringsovereenkomst afgesloten met de verzoeker om handhaving. Na de overdracht heeft Partij A aan de verzoeker een brief verstuurd waarin is toegelicht dat Partij B nu de leverancier is en dat de warmteleveringsovereenkomst is overgegaan. De ACM stelt vast dat hiermee voor de verzoeker duidelijk was dat Partij B nu de leverancier is. Dat Partij A in opdracht van Partij B nog het WKO-systeem feitelijk beheert, doet daaraan niet af. Een leverancier is vrij om een ander het feitelijke beheer uit te laten voeren. Dat neemt niet weg dat de leverancier verantwoordelijk en aanspreekbaar blijft voor de warmtelevering.⁵²

In het laatste besluit van de ACM dat wij hier behandelen, moest de ACM uit drie partijen die betrokken waren bij de levering van warmte kiezen wie 'leverancier' was.⁵³ Uiteindelijk merkt de ACM de partij die eigenaar was van de WKO-bron, vanuit de WKO-bron via het in pandig leidingstelsel (bron-⁵⁴) warmte aan (individuele) verbruikers leverde, deze warmte met een collectieve warmtepomp (verder) opwaardeerde, kosten voor warmte, koude, en warm tapwater bij verbruikers in rekening bracht en waar deze verbruikers ook bevrijdend aan betaalde aan als leverancier. Dat de facturatie door een derde partij werd verzorgd, er geen sprake is

van een warmteleveringsovereenkomst tussen deze partij en verbruikers en er een VvE is die (mogelijk) eigenaar is van het in pandig leidingstelsel en/of de boiler, doet volgens de ACM niets aan deze conclusie af. Over het feit dat de VVE (mogelijk) eigenaar is van het in pandig leidingstelsel wijst de ACM er nog op dat de wetgever in de Parlementaire Geschiedenis heeft erkend dat een leverancier bij de (af-)levering van warmte gebruik kan maken van een in pandig leidingstelsel van een gebouweigenaar (zoals een VVE⁵⁵).⁵⁶ Dit is ook de reden dat in de Warmtewet specifieke verplichtingen voor de eigenaar van een in pandig leidingstelsel opgenomen (zie art. 3d Warmtewet).

4.2 Betrouwbare levering van warmte

In art. 2 lid 1 Warmtewet staat de hoofdtaak van de leverancier: de leverancier moet zorgdragen 'voor een betrouwbare levering van warmte tegen redelijke voorwaarden en met inachtneming van een goede kwaliteit van dienstverlening'. De ACM ziet toe op - nakoming van - deze open norm en mag daarbij rekening houden met de bijzondere karakteristieken van de installatie waarmee warmte wordt geleverd.⁵⁷ De norm werkt soms ook door in toepassing van specifieke bepalingen, zoals welke tarieven in rekening mogen worden gebracht (zie bijvoorbeeld een in paragraaf 4.6 besproken besluit over het rekening brengen van een tarief voor koude). De ACM heeft bij de wetgever aangegeven dat handhaving in concrete situaties, gezien de 'openheid' van de norm, lastig is⁵⁸ en heeft onderzoek laten doen naar problemen met warmte-koude opslag ('WKO')-systemen. Uit dat onderzoek is gebleken dat de meeste WKO-systemen goed werken, maar dat zich bij een aantal oudere WKO-systemen grote problemen voordoen.⁵⁹

Maar ook bij nieuwere WKO's doen zich nog wel eens problemen voor. Dat bleek wel in de zaak die centraal stond in een besluit van de ACM van 1 juni 2022.⁶⁰ In deze zaak oordeelde de ACM dat een leverancier niet had voldaan aan de wettelijke taak uit art. 2 lid 1 Warmtewet om te zorgen voor - een goed functionerend warmtesysteem en daarmee - een betrouwbare levering van warmte. Volgens de ACM was de leverancier namelijk verantwoordelijk voor verstopt geraakte filters. Zoals

⁵² Besluit van de ACM van 6 december 2021, ACM/UIT/566631.

⁵³ Besluit van de ACM van 15 februari 2023, ACM/UIT/592192.

⁵⁴ Bij levering van bronwarmte vanuit een WKO-bron, dat bedoeld is voor ruimteverwarming en/of warm tapwater (maar tussendoor nog wel moet worden opgewaardeerd), is ook sprake van warmte in de zin van de Warmtewet. Zie CBb 22 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:30 en Rb. Rotterdam 5 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5194. De ACM verwijst in zijn besluit van 15 februari 2023, ACM/UIT/592192 onder 66 naar deze uitspraken. Sinds 1 januari 2020 valt deze 'soort' warmte onder de c-categorie als bedoeld in art. 1a lid 1 Warmtebesluit.

⁵⁵ 'Gebouweigenaar' is in de Warmtewet als volgt gedefinieerd: 'de eigenaar van een gebouw of, in het geval van gedeeld eigendom, de eigenaars verenigd in een vereniging van eigenaars of een daarmee vergelijkbare rechtsvorm'.

⁵⁶ Kamerstukken II, 2016/17, 34723, nr. 3, p. 22.

⁵⁷ Kamerstukken II 2012/13, 29048, nr. 3, p. 5.

⁵⁸ Brief van de ACM aan het Ministerie van EZK van 23 juli 2021, ACM/UIT/559114.

⁵⁹ Zie het rapport 'Inzicht in WKO-systemen: Onderzoek naar oorzaken van technische complicaties met warmte-koude opslagsystemen' dat De Warmte TransitieMakers en VHGM in opdracht van de ACM hebben uitgevoerd.

⁶⁰ Besluit van de ACM van 1 juni 2022, ACM/UIT/579025.

we hierna in paragraaf 4.4 zullen bespreken, zijn de filters in dit geval onderdeel van het warmtenet. De ACM heeft de leverancier dan ook op straffe van een dwangsom gelast om de overtreding van art. 2 lid 1 Warmtewet te beëindigen en beëindigd te houden door de verantwoordelijkheid voor het onderhouden, reinigen en vervangen van de filters op zich te nemen en de storingen in het warmtesysteem op te lossen. In dat kader moest de leverancier een herstelplan bij de ACM indienen en de daarin opgenomen herstelmaatregelen uitvoeren. De leverancier heeft tegen de opgelegde last bezwaar gemaakt en een verzoek om voorlopige voorziening ingediend. De voorzieningenrechter heeft daarbij enerzijds in overweging genomen dat het uitvoeren van de last binnen de daarvoor gestelde termijn voor de leverancier haalbaar moet zijn, maar anderzijds ook dat de maatregelen gelet op het belang van de verbruikers niet te veel op de lange baan kunnen worden geschoven. De voorzieningenrechter heeft vervolgens een aantal begunstigingstermijnen beperkt verlengd.⁶¹ Bij het besluit op bezwaar heeft de ACM de lasten verder gespecificeerd.⁶²

4.3 Storingscompensatie en -registratie

Uit art. 3a Warmtewet volgt dat een leverancier compensatie aan verbruikers moet uitkeren als sprake is van een ernstige storing. Dit is verder uitgewerkt in paragraaf 4 van de Warmteregeling.

De ACM heeft in zijn besluit van 15 februari 2023 art. 3d lid 2 Warmtewet toegepast. Uit sub a van deze bepaling volgt dat een leverancier ook compensatie moet uitkeren als de storing zich heeft voorgedaan in het in pandige leidingstelsel van de gebouweigenaar. Verbruikers hoeven op deze wijze niet zelf te zoeken bij welke partij hij moet zijn, maar kan zich altijd tot de leverancier wenden. Uit artikel 3d lid 2 onder b Warmtewet volgt dat de leverancier de uitgekeerde compensatie vergoed krijgt van de gebouweigenaar, tenzij andere afspraken zijn gemaakt. De ACM oordeelt in dit besluit verder dat de leverancier voor - ernstige storingen in de levering van - koude geen storingscompensatie hoeft uit te keren. Zoals hiervoor al opgemerkt, volgt uit art. 3a Warmtewet immers dat een leverancier compensatie aan een verbruiker moet uitkeren bij een ernstige storing in de levering van *warmte*. En koude valt niet onder 'warmte' (zoals gedefinieerd in art. 1 lid 1 Warmtewet).⁶³

Uit art. 2 lid 7 Warmtewet volgt daarnaast dat een leverancier verplicht is een storingsregistratie bij te houden en deze jaarlijks op geschikte wijze te publiceren. De ACM heeft in 2020 onderzoek gedaan naar de naleving van deze verplichting door

leveranciers en in 2021 heeft nacontrole plaatsgevonden.

Dit heeft geresulteerd in twee handhavingsbesluiten.⁶⁴ De ACM maakt hierin duidelijk dat publicatie moet plaatsvinden via een medium dat toegankelijk is voor alle verbruikers. Dit kan op een publiek toegankelijke website, maar het mag ook via een portaal dat alleen voor verbruikers toegankelijk is. De jaarlijkse publicatie dient daarbij zo snel mogelijk, maar in ieder geval in het eerste kwartaal na afloop van het voorgaande jaar plaats te vinden. Verbruikers kunnen dan controleren of zij recht hebben op storingscompensatie en of deze (tijdig) is uitbetaald.⁶⁵ Een storingsregistratie moet de volgende informatie bevatten: wanneer een storing heeft plaatsgevonden (de datum en het tijdstip van de aanvang van de storing), hoe lang deze heeft geduurd en welke verbruikers hierdoor getroffen zijn. Dit wil zeggen: het aantal verbruikers en het getroffen warmtenet. Storingen van korter dan acht uur moeten ook in de storingsregistratie worden opgenomen, maar voor die storingen kan met een samenvatting (het totaal aantal storingen en de gemiddelde storingsduur) worden volstaan. Ten slotte is nog van belang dat er eigenlijk altijd een storingsregistratie moet worden gepubliceerd, zelfs als er in een jaar geen storingen zijn geweest.

In de besluiten heeft de ACM geconstateerd dat de leveranciers niet voldaan hebben aan de verplichting om jaarlijks de storingsregistratie te publiceren. Aan hen is een last onder dwangsom opgelegd.

4.4 Demarcatie

Demarcatie in de Warmtewet is de afbakening tussen het warmtenet, waar de leverancier voor verantwoordelijk is, en de binneninstallatie aan de andere kant (en daar is de leverancier *niet* verantwoordelijk voor). Dit punt wordt ook wel het 'overdrachtpunt', of soms 'leveringspunt', genoemd. Vaak is dit punt gelegen op de hoofdafsluiters van de binneninstallatie. Als die niet aanwezig zijn, moet de demarcatie in de warmteleveringsovereenkomst worden aangewezen (zie definitie van 'binneninstallatie' in art. 1 Warmtewet). De ligging van de demarcatiegrens is van groot belang. Het bepaalt immers waar de toepasselijkheid van de Warmtewet en de verantwoordelijkheid van de leverancier eindigen. Ook bepaalt deze grens hoe aan de maximumtarieven van de ACM moet worden getoetst.

In art. 1 Warmtewet is 'warmtenet' gedefinieerd als: 'het geheel van tot elkaar behorende, met elkaar verbonden leidingen, bijbehorende installaties en overige hulpmiddelen dienstbaar aan het transport

⁶¹ Rb. Rotterdam 26 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6264.

⁶² Besluit van de ACM van 11 oktober 2022, ACM/UIT/584575.

⁶³ Besluit van de ACM van 15 februari 2023, ACM/UIT/592192.

⁶⁴ Besluit van de ACM van 26 november 2021, ACM/UIT/563744 en Besluit van de ACM van 26 november 2021, ACM/UIT/566056.

⁶⁵ Zie art. 3a Warmtewet.

van warmte, behoudens voor zover deze leidingen, installaties en hulpmiddelen zijn gelegen in een in-pandig leidingstelsel, een binneninstallatie of een gebouw of werk van een producent en strekken tot toe- of afvoer van warmte ten behoeve van dat in-pandig leidingstelsel, die binneninstallatie of dat gebouw of werk van een producent'. In de vorige kroniek hebben we er al op gewezen dat de rechtbank Rotterdam in twee tussenuitspraken van 23 april 2020⁶⁶ heeft geoordeeld dat uit de definitie van het begrip 'warmtenet' en de toelichting daarop⁶⁷ volgt dat een individuele warmtepomp na het overdrachtspunt 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.

In de wijk Duindorp in Den Haag zijn op de warmtepomp de aansluitleidingen (aanvoer en retour) van het warmtenet aangesloten. Aan deze aansluitleidingen zit een filter dat bij veel verbruikers verstopt was geraakt. De ACM overweegt dat de aansluitleiding onderdeel is van het warmtenet en daarom het filter ook. Het argument van de leverancier dat de verbruikers verantwoordelijk zijn voor het schoonhouden van het filter, omdat zij eigenaar zijn van de warmtepomp, gaat daarom niet op. Zoals hiervoor in paragraaf 4.2 is toegelicht, heeft de ACM in deze zaak de leverancier opgedragen om het onderhouden, reinigen en vervangen van de filters op zich te nemen en de storingen in het warmtesysteem op te lossen.⁶⁸

In verband met een discussie over een subsidie moest de rechtbank Midden-Nederland zich buigen over de vraag welke leidingen bij 'het warmtenet' horen.⁶⁹ Volgens de rechtbank gaat het om de leidingen van de WKO-bronnen naar een technische ruimte op het dak. Dit is volgens de rechtbank namelijk een leidingstelsel dat dienstbaar is aan het transport van warmte, dat niet gelegen is in een in-pandig leidingstelsel of een binneninstallatie, en dat, voor zover het een werk van een producent is, niet slechts strekt tot de toe- of afvoer van warmte ten behoeve van dat werk. Ook de leidingen die over het dak van het complex lopen, vanaf de technische ruimte tot ze het gebouw ingaan, zijn volgens de rechtbank onderdeel van het warmtenet, omdat deze niet behoren bij het in-pandig leidingstelsel.

4.5 Meten

In art. 8 en 8a Warmtewet staan verplichtingen voor de leverancier om individuele meters ter beschikking te stellen en het warmteverbruik te meten.

Deze artikelen zijn met ingang van 25 oktober 2020 gewijzigd in verband met implementatie van richtlijn 2018/2002/EU. Sindsdien gelden er veel minder uitzonderingen op de verplichting een individuele meter ter beschikking te stellen. De wijziging is zonder overgangsrecht in werking getreden.⁷⁰

In een hiervoor al besproken handhavingszaak was ook de meetverplichting aan de orde. De ACM heeft een leverancier op straffe van een dwangsom gelast om individuele meters te plaatsen.⁷¹ De voorzieningenrechter heeft deze last geschorst.⁷² De rechter betwijfelt of sprake is van een overtreding, omdat niet vaststaat dat verbruikers om plaatsing van individuele meters hebben verzocht. Ook moet de ACM van de rechter in het besluit op bezwaar ingaan op de stelling van de leverancier dat het plaatsen van een meter geen toegevoegde waarde heeft voor verbruikers, omdat de hoogte van het door haar voor de warmtelevering in rekening gebrachte tarief niet wordt bepaald door de hoeveelheid warmte die is geleverd. Als die stelling juist is, kan volgens de rechter worden betwijfeld of plaatsing van individuele meters kostenefficiënt is. Wij merken op dat de voorzieningenrechter, net als de ACM in het primaire besluit, de tekst van de Warmtewet zoals die luidt sinds 25 oktober 2020 niet scherp voor ogen lijkt te hebben gehad. De voorzieningenrechter en de ACM lijken namelijk uitzonderingen op de meetverplichting toe te passen, zoals die alleen voor de wijziging golden.

In het besluit op bezwaar heeft de ACM wel de nieuwe tekst van de Warmtewet toegepast. De ACM licht toe dat hieruit volgt dat verbruikers altijd een meter ter beschikking moet worden gesteld, behalve als het gaat om een appartementsgebouw of multifunctioneel gebouw.⁷³ In deze gebouwen bestaat alleen de verplichting een meter te installeren, indien dat technisch haalbaar en kostenefficiënt is.⁷⁴ De ACM verduidelijkt dat het sinds de wetwijziging niet meer relevant is op welk tijdstip de aansluitingen zijn opgeleverd en evenmin of een verbruiker om plaatsing van een meter heeft verzocht. Bij dit besluit legt de ACM daarom een bindende aanwijzing op aan de leverancier. Deze dient bij alle verbruikers die niet in een appartementsgebouw of multifunctioneel gebouw wonen een individuele meter te installeren.

De ACM merkt tot slot op dat de toegevoegde waarde van het meten van het warmteverbruik erin is gelegen dat verbruikers kunnen controleren of het door de ACM vastgestelde maximumtarief

⁶⁶ Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3708, en Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3709.

⁶⁷ Kamerstukken II 2002/03, 29048, nr. 3, p. 18.

⁶⁸ Besluit van de ACM van 1 juni 2022, ACM/UIT/579025.

⁶⁹ Rb. Midden-Nederland 14 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3004.

⁷⁰ Zie hierover uitgebreid H.E. Noordhoek en K. Meijering, 'De meet- en meterverplichting bij warmte', VGR 2023/1.

⁷¹ Besluit van de ACM van 1 juni 2022, ACM/UIT/579025.

⁷² Rb. Rotterdam 26 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6264.

⁷³ Besluit van de ACM 11 oktober 2022, ACM/UIT/584575.

⁷⁴ Artikel 8 lid 11 en 14 Warmtewet.

wordt overschreden en dat verbruikers maatregelen kunnen nemen om hun energieverbruik terug te dringen.⁷⁵

4.6 Tarifiering

Uit art. 2 lid 3 jo. art. 5 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) meting van het verbruik met individuele meters. Buiten deze tariefcomponenten mogen leveranciers ook niets bij verbruikers in rekening brengen voor de levering van warmte (lees: alle activiteiten om verbruikers van warmte te voorzien).⁷⁶ In een besluit van de ACM van 15 februari 2023 wordt hier een concreet voorbeeld van gegeven.⁷⁷ In de zaak die tot dit besluit had geleid, had de leverancier de elektriciteitskosten ten behoeve van de installatie die werd gebruikt voor de levering van warmte en koude apart - via de VVE - bij verbruikers in rekening gebracht. Dit is volgens de ACM niet toegestaan; de leverancier moet de kosten voor de energie die nodig is voor het opwaarderen en leveren van warmte zelf dragen.

Relevant is verder nog dat de Warmtewet sinds 1 januari 2020 een gedifferentieerde tariefsystematiek kent, waaronder een aparte (tarief)regeling voor 'warmte koude systemen'. Voor deze systemen geldt naast een maximumtarief voor de levering van warmte, ook een maximumtarief voor de levering van koude (art. 4a Warmtebesluit).

Kostenverdeelsystematiek

In de vorige kroniek is 'De Sniep' uitgebreid aan bod gekomen. In de woningen in deze wijk waren geen individuele meters of individuele warmtekostenverdelers aanwezig. Het warmteverbruik moest daarom worden gebaseerd op een kostenverdeel-systematiek (zie art. 8a lid 2 Warmtewet). Deze moet binnen de technische en financiële mogelijkheden een zo nauwkeurig mogelijke benadering zijn van het werkelijke aandeel van het verbruik van de individuele verbruiker (art. 8a lid 3 Warmtewet). De rechtbank had de ACM in een tweetal tussen-uitspraken opgedragen te onderzoeken of de kosten nauwkeuriger kunnen worden vastgesteld.⁷⁸ De ACM heeft in een wijzigingsbesluit geconcludeerd dat er een alternatieve methode voor handen is die nauwkeuriger is. Die methode kan echter volgens

de ACM niet worden toegepast, omdat niet bij elke verbruiker de data compleet zijn. Het toepassen van die methode zou volgens de ACM dus leiden tot een ongerechtvaardigd onderscheid tussen verbruikers als bedoeld in art. 2 lid 4 Warmtewet.

De rechtbank oordeelt anders dan de ACM. Zij overweegt dat uit de Warmtewet volgt dat van een zo nauwkeurig mogelijke benadering moet worden uitgegaan. Dat past ook bij het doel van de Warmtewet, namelijk bescherming van de verbruiker. Dat de toe te passen nauwkeurigere benadering mede afhankelijk is van de beschikbare gegevens en daarom wellicht niet op elke verbruiker kan worden toegepast, levert volgens de rechtbank geen ongerechtvaardigd onderscheid op. De omstandigheid dat dat misschien extra werk oplevert omdat er dan mogelijk twee methoden moeten worden gehanteerd, weegt niet op tegen het belang van verbruikers om zoveel en zo concreet mogelijk inzage te krijgen in hun eigen verbruik.⁷⁹

Conversiefactor warm tapwater

In het hiervoor al aangehaalde besluit van de ACM van 15 februari 2023 werd ook nog ingegaan op de situatie dat bij het geleverde warm tapwater niet (direct) het aantal GJ, maar het aantal kubieke meter wordt gemeten. De leverancier rekende daarbij de hoeveelheid water (m³) om naar GJ door middel van een conversiefactor van ongeveer 0,2983 GJ/m³. In voornoemd besluit geeft de ACM aan dat een conversiefactor van 0,2093 GJ/m³ transparant en navolgbaar is omdat deze uit natuurkundige wetten voortvloeit.⁸⁰ Alleen als een leverancier goed kan onderbouwen waarom een andere conversiefactor moet worden gehanteerd (lees: de leverancier kan uitleggen hoe zij tot de conversiefactor komt), is afwijking toegestaan. De leverancier waar het besluit hier om ging, was daar niet in geslaagd.⁸¹

Eenmalige aansluitbijdrage

Tot 1 januari 2020 reguleerde de Warmtewet alleen de eenmalige aansluitbijdrage die een verbruiker moest betalen in geval van 'onvoorziene aansluitingen op een bestaand warmtenet'. De wetgever heeft daar verandering in gebracht, omdat leveranciers in de aansluitbijdrage regelmatig meer dan alleen de kosten die zijn gemoeid met - het daadwerkelijk realiseren van - de aansluiting doorrekenden. De aansluitbijdrage (vaak 'BAK' genoemd) werd nogal eens gebruikt om financiële tekorten in businesscases te dekken. Vanaf 1 januari 2020 is de aansluitbijdrage ook dan gemaximeerd,

⁷⁵ Hierop valt wel e.e.a. af te dingen, zie daarvoor: H.E. Noordhoek en K. Meijering, 'De meet- en meterverplichting bij warmte', VGR 2023/1.

⁷⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32839, nr. 3, p. 13. Zie ook het besluit van de ACM van 5 november 2020, ACM/UIT/541320, randnummer 18.

⁷⁷ Besluit van de ACM van 15 februari 2023, ACM/UIT/592192, randnummer 73-79.

⁷⁸ Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3708, en Rb. Rotterdam 23 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3709.

⁷⁹ Rb. Rotterdam 19 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6844; en Rb. Rotterdam 19 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6845.

⁸⁰ Op basis van de soortelijke warmte van water is 0,2093 GJ nodig om 1 m³ water van 10 graden Celsius te verwarmen tot een temperatuur van 60 graden Celsius.

⁸¹ Besluit van de ACM van 15 februari 2023, ACM/UIT/592192.

wanneer een aansluiting wordt gerealiseerd op een nieuw warmtenet. Of de aansluiting 'onvoorzien' is, is verder niet meer relevant. De aansluitbijdrage mag niet meer zijn dan het door de ACM vastgestelde maximumtarief (art. 2 lid 3 onder c Warmtewet jo. art. 6 Warmtewet).

In de vorige kroniek hebben we al gewezen op een door de ACM opgelegde bindende aanwijzing.⁸² De leverancier bracht bij verbruikers die voor de wijziging op het warmtenet waren aangesloten een maandelijkse aansluitbijdrage in rekening en zette dat na de wijziging van de wet voort. De vanaf januari 2020 in rekening gebrachte aansluitbijdrage zou niet meer zijn dan het maximumtarief, maar dan verdeeld over 180 maandelijkse termijnen. De rechtbank Rotterdam oordeelt met de ACM dat dit in strijd is met de Warmtewet. De leverancier heeft al sinds 1 januari 2014 een bijdrage aansluitkosten per maand in rekening gebracht en die bedragen tellen mee voor het nu geldende maximumtarief. Dat betekent dat de leverancier het maximumtarief fors heeft overschreden, aldus de rechtbank.⁸³

Tarief voor koude

De regeling voor 'warmte koude systemen' is opgenomen in art. 4a Warmtebesluit. Van een 'warmte koude systeem' is sprake als de leverancier koude alleen in combinatie met warmte aanbiedt (art. 1a lid 2 Warmtebesluit). Omdat een verbruiker in deze situatie ook voor koude aan deze leverancier gebonden is, geldt in dat geval ook voor de levering van koude een maximumtarief. Dat maximumtarief bestaat enkel uit een gebruiksonafhankelijke component.

In art. 4a lid 3 Warmtebesluit is overgangsrecht voor deze (warmte koude-)systemen opgenomen.⁸⁴ De ACM heeft duidelijk gemaakt dat dit overgangsrecht alleen geldt als voldaan is aan beide voorwaarden uit voornoemd artikel⁸⁵: vóór 1 januari 2020 moet (i) de warmteleveringsovereenkomst zijn gesloten en (ii) het systeem in gebruik zijn genomen. De leverancier had gesteld dat het overgangsrecht ook gold als aan één van deze twee voorwaarden werd voldaan, maar dat is volgens de ACM dus onjuist. Dit brengt met zich dat de leverancier zich bij verbruikers met wie na 1 januari 2020 een leveringscontract is gesloten moet houden aan het maximumtarief voor koude. Er is hier geen ruimte voor een belangenafweging. Dat de rentabiliteit van het WKO-systeem, dat al ruim

voor 2020 in gebruik was, in gevaar zou komen, is dus geen omstandigheid die betrokken kan worden, aldus de ACM.

In een andere kwestie had de leverancier vanaf 1 januari 2020 de afspraken met afnemers over de levering van koude gewijzigd. Tot die datum hanteerde leverancier enkel een gebruiksaafhankelijk tarief voor koude die de afnemers daadwerkelijk hadden afgenomen. Sinds 1 januari 2020 brengt leverancier echter een gebruiksonafhankelijk tarief/vastrecht voor koude ter hoogte van het maximumtarief in rekening. Vanaf dat moment moesten afnemers betalen voor koude, ongeacht of zij dit wel of niet afnamen. De ACM licht toe dat een leverancier nooit verplicht is om het door de ACM vastgestelde maximumtarief voor de levering van koude in rekening te brengen en dat het maximumtarief hier bovendien niet geldt omdat het WKO-systeem onder het overgangsrecht valt. De leverancier had in dit geval dus de eerder gemaakte afspraken kunnen voortzetten, waarbij afnemers de vrije keus hadden of zij koude wensten af te nemen. De ACM stelt daarbij vast dat het voor de technische werking van het systeem niet noodzakelijk is dat koude wordt afgenomen. De nieuwe voorwaarden van de leverancier zijn daarom volgens de ACM niet redelijk. De leverancier handelt daarom in strijd met art. 2 lid 1 Warmtewet.⁸⁶

Ten slotte bespreken we hier een kwestie waarin in een handhavingverzoek was aangevoerd dat het (gebruiksonafhankelijke) maximumtarief voor koude alleen in rekening mag worden gebracht in de maanden dat daadwerkelijk koude wordt afgenomen. Daar gaat de ACM echter niet in mee. Zolang de leverancier zich houdt aan het maximumtarief, dat een bedrag per jaar betreft, mag de leverancier dat in rekening brengen, onafhankelijk van hoeveel en welke maanden koude wordt afgenomen.⁸⁷

Facturering

In art. 8b Warmtewet is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur verdere regels kunnen worden gesteld over - kort gezegd - de facturering. Dit is gedaan in het 'Besluit factuur, verbruiks- en indicatief kostenoverzicht energie'.

De facturering wordt door leveranciers nog wel eens uitbesteed aan daarin gespecialiseerde bedrijven. Op zich is dat onder de Warmtewet toegestaan, zolang in de toegestuurde facturen maar duidelijk staat wie de leverancier is. De ACM heeft een bindende aanwijzing opgelegd aan een leverancier wiens facturen hier niet aan voldeden. Daardoor is het voor de verbruiker niet duidelijk aan wie be-

⁸² Besluit van de ACM van 31 juli 2020, ACM/UIT/539171 en besluit (op bezwaar) van de ACM van 25 februari 2021, ACM/UIT/549608.

⁸³ Rb. Rotterdam 15 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7611.

⁸⁴ Zie hierover K. Meijering & H.E. Noordhoek, 'Wijziging van de Warmtewet: tariefregulering lagetemperatuurwarmte en WKO's', VGR 2020/3.

⁸⁵ Besluit van de ACM van 8 juli 2022, ACM/UIT/581244 en Besluit (op bezwaar) van de ACM van 7 december 2022, ACM/UIT/588179.

⁸⁶ Besluit van de ACM van 24 januari 2023, ACM/UIT/591600.

⁸⁷ Besluit van de ACM van 15 februari 2023, ACM/UIT/592192.

vrijdend wordt betaald. Dat is volgens de ACM in strijd met de artikelen 2 en 3 Warmtewet.⁸⁸

5. Afsluiting

In de vorige kroniek hebben we al één of meerdere volgende kronieken aangekondigd. Met deze is er in ieder geval al één opvolger, waaruit ook blijkt dat zich weer veel relevante ontwikkelingen hebben voorgedaan. De arresten *Acantus* en *Amstelhof* kunnen met de afbakening tussen huurrecht en warmterecht in de praktijk ingrijpende gevolgen hebben. De besluiten van de ACM en de rechtspraak daarover maken steeds meer duidelijk hoe de bepalingen in de Warmtewet in verschillende situaties moeten worden uitgelegd. Nu het officiële wetgevingstraject voor de Wcw nog altijd niet is ge-

start, blijven de besproken rechtspraak en besluiten van de ACM voorlopig nog wel relevant. Daarbij wordt een groot aantal onderwerpen onder de Wcw ongewijzigd voortgezet. U begrijpt, een volgende kroniek van onze hand sluiten we zeker niet uit.

In onze vorige kroniek gaven we al aan dat met de komst van de Wet collectieve warmtevoorziening ('Wcw'), die de Warmtewet moet gaan vervangen en de warmtemarkt moet gaan ordenen, veel zou gaan veranderen op het gebied van warmte (regeling). Deze Wcw was destijds al in consultatie geweest, maar ondertussen zijn we twee jaar verder en is het officiële wetgevingstraject voor de Wcw nog altijd niet gestart. Wel is nog steeds de bedoeling dat de Wcw en daarmee de grote veranderingen er ook echt gaan komen. Het lijkt er echter op dat dat pas in 2025 gaat gebeuren. ●

⁸⁸ Besluit van de ACM 6 december 2021, ACM/UIT/566631.