

- en Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:702, r.o. 5.
11. *Kamerstukken II* 2005/06, 30578, nr. 3, p. 13-19.
  12. Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:411.
  13. ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7464, r.o. 6-6.3 en ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:689, r.o. 3.3.
  14. Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6237, r.o. 2.7 en ABRvS 2 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4181, r.o. 2.6-2.6.1.
  15. Rb. Rotterdam 3 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5912 en Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:702.
  16. Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:702, r.o. 4.1 en Rb. Leeuwarden 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR4847, r.o. 4.10-4.12.
  17. Beantwoording Kamervragen door de Minister van Binnenlandse Zaken d.d. 24 maart 2021 (kenmerk 2021-0000140061).

# Duurzaamheid



**Eelkje van de Kuilen**  
AKD



**Keesjan Meijering**  
AKD

## Corporaties, Warmtewet en huurrecht: tijd voor een einde aan de tarievendiscussie

Woningcorporaties (hierna: corporaties) staan voor de enorme opgave van het aardgasvrij maken van hun woningbezit. Het aansluiten van woningen op warmtenetten om zo – in plaats van met aardgas – in de warmtebehoefte van huurders te voorzien is een belangrijke manier om aan die opgave te voldoen. Betaalbaarheid is daarbij een essentieel punt, nu energiearmoede steeds vaker voorkomt. Om de betaalbaarheid voor hun huurders te borgen kiezen corporaties er regelmatig voor om de levering van warmte in eigen hand te houden of via een (klein)dochter te laten verlo-

pen. Daar zitten echter wel flink wat haken en ogen aan.

De verhouding tussen de Warmtewet en het huurrecht is er daar een van. Deze verhouding is al sinds de inwerkingtreding van de Warmtewet voer voor juridische discussies. De corporaties zitten middenin die discussie. Als een corporatie kiest voor aansluiting op een warmtenet, hebben zij namelijk ruwweg de volgende drie opties: (a) de corporatie houdt de levering in eigen hand en levert dus zelf warmte<sup>1</sup> aan haar huurders, (b) een (klein)dochter van de corporatie (vaak een ‘Energie B.V.’) levert de warmte of (c) een leverancier die losstaat van de corporatie/een externe leverancier verzorgt de levering. Hierbij is van belang dat de huurders aan wie warmte wordt geleverd eigenlijk ook altijd ‘verbruiker’ in de zin van de Warmtewet zijn.<sup>2</sup> Daarmee is het de vraag welk regime in de voornoemde drie situaties geldt voor de levering van warmte; de Warmtewet, het huurrecht, of een beetje van beide?

Op die vraag is op grond van de huidige wetgeving en jurisprudentie geen eenduidig antwoord te geven.<sup>3</sup> En dat terwijl dit antwoord van groot belang is voor corporaties; beide regimes kennen namelijk een eigen tariefstructuur met flinke verschillen waar het aankomt op de bedragen die doorbelast kunnen worden. Voor de vraag hoe corporaties het aardgasvrij maken van hun woningbezit kunnen bekostigen, is het antwoord op deze vraag dus essentieel.

In deze bijdrage staan we stil bij de huidige stand van de wetgeving en jurisprudentie en roepen we de wet-

gever op eens (echt) uitsluitsel te geven. Maar we trappen af met een korte toelichting op de regels uit de Warmtewet en het huurrecht voor de tarieven die voor warmtelevering in rekening gebracht mogen worden.

### Tarieven voor warmtelevering onder de Warmtewet en het huurrecht

De tarieven die onder de Warmtewet en het huurrecht in rekening gebracht mogen worden, kunnen flink verschillen. Sterk gesimplificeerd komt dat door het volgende.

De Warmtewet werkt met een maximumtarief dat voor de levering van warmte in rekening mag worden gebracht (art. 5 Warmtewet). Essentieel daarbij 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’). Wat er uit dat (maximum)tarief wordt gedekt is niet volledig vrij,<sup>4</sup> maar wel veel minder strikt gereguleerd dan in het huurrecht.

Het huurrecht gaat bij warmtelevering namelijk uit van ‘soorten kosten’ die gedekt mogen worden. En daarbij wordt weer 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, wat dan weer bestaat uit de woonruimte plus onroerende aanhorigheden. Kapitaals- en onderhoudslasten van het gehuurde moeten dus bijvoorbeeld in de kale

huurprijs verdisconteerd worden. En alle kosten die daarvan afgeleid zijn en/of verband houden met de invulling van het gebruik, zijn servicekosten en/of kosten voor nutsvoorzieningen met een eigen meter.

Onder de Warmtewet bestaat dus de nodige vrijheid om de kosten gemeoid met warmtelevering (inclusief de daarvoor benodigde installatie) te dekken uit de in rekening gebrachte tarieven. Valt de levering echter onder het huurrecht, dan moeten sommige kostenposten – die flink in de papieren kunnen lopen – in de kale huurprijs tot uitdrukking komen. En in die huurprijs zit bij corporaties (logisch) vrijwel nooit ruimte. Het maakt voor corporaties dus nogal uit of de levering van warmte door de Warmtewet of het huurrecht wordt gereguleerd.

#### Het had zo eenvoudig moeten zijn...

Het op 1 juli 2019 in werking getreden art. 1a Warmtewet was bedoeld om onder andere op dit punt duidelijkheid te geven. Dat artikel bepaalt dat de Warmtewet (grotendeels<sup>5</sup>) niet geldt als de partij die warmte levert aan een gebruiker, de ‘leverancier’, ook woon- of bedrijfsruimte aan diezelfde gebruiker verhuurt, ofwel: ook ‘verhuurder’ van die gebruiker is. Een ‘verhuurder’ is daarbij in art. 1 lid 1 Warmtewet gedefinieerd als ‘een eigenaar van een voor verhuur bestemde woonruimte of bedrijfsruimte in Nederland, of degene die door die eigenaar gevolmachtigd is namens hem op te treden’.

Bestaat er tussen leverancier en gebruiker dus ook een huurrelatie, dan wordt de levering van warmte door het huurrecht gereguleerd. Stopt het bij de relatie leverancier-gebruiker, en is er niet tevens een huurrelatie, dan geldt (alleen) de Warmtewet. Gedachte van de wetgever bij deze ‘knip’ is dat huurders die warmte afnemen van hun verhuurders al voldoende worden beschermd door het huurrecht;<sup>6</sup> (extra) bescherming vanuit de Warmtewet is dan niet nodig.

Als we dit toepassen op de drie opties die een corporatie heeft om haar huurders van warmte te (laten) voorzien zoals in de inleiding onderscheiden, zouden we op het volgende uit

moeten komen. Als een huurder van een corporatie warmte afneemt van:

- a. *de corporatie zelf*, wordt de levering van warmte door het huurrecht gereguleerd. De corporatie is hier namelijk zowel leverancier als verhuurder van de huurder, en de huurder wordt voor de levering van warmte beschermd door het huurrecht;
- b. *een (klein)dochter van de corporatie*, wordt de levering van warmte door de Warmtewet gereguleerd. De (klein)dochter is namelijk geen verhuurder en tussen haar en de huurder bestaat dus ook geen huurrelatie. Voor de bescherming voor de levering van warmte is de huurder dus aangewezen op de Warmtewet;
- c. *een externe leverancier*, geldt hetzelfde als hiervoor onder b. uitgezet. Ook tussen de externe leverancier en de huurder bestaat immers geen huurrelatie.

Het had zo eenvoudig moeten zijn.

#### ... maar zo eenvoudig is het helaas niet

Maar als dat zo was geweest, was deze bijdrage niet nodig geweest. Want waar over het toepasselijke regime in geval van optie a. geen discussie (meer<sup>7</sup>) lijkt te bestaan, wordt de hiervoor uitgezette lijn in een aantal gerechtelijke uitspraken voor de opties b. en c. niet altijd gevolgd. Van die uitspraken bespreken wij kort de voor deze bijdrage belangrijkste: de arresten in de zaak *Acantus*<sup>8</sup> en een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 24 november 2020.<sup>9</sup>

In *Acantus* had een corporatie de levering van warmte aan haar huurders aan een externe leverancier uitbesteed; de corporatie had dus voor optie c. gekozen. Die externe leverancier was ook eigenaar van de gehele installatie inclusief leidingen die voor de warmtelevering werd gebruikt (opstalrecht). Een belangrijke vraag hier was of de installatie een ‘onroerende aanhorigheid’ is. Het hof oordeelt dat dit zo is, omdat de installatie en het appartementencomplex waaraan met de installatie warmte wordt geleverd in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd, een andere manier van verwarmen niet mogelijk

is (zodat het complex zonder installatie als onvoltooid moet worden beschouwd), de installatie onroerend is, fysiek verbonden met de appartementen en naar haar aard behoort tot het gebruikelijke uitrustingsniveau van elk appartement. Ofwel, simpel gezegd: omdat deze installatie specifiek is bedoeld om – de woningen in – een specifiek complex van warmte te voorzien. Dat die installatie eigendom is van de externe leverancier maakt dit volgens het hof niet anders. Na te hebben geconcludeerd dat de installatie een onroerende aanhorigheid is, oordeelt het hof dat de warmtelevering door het huurrecht wordt gereguleerd, en (dus) niet door de Warmtewet. De kapitaals- en onderhoudslasten van de installatie moeten dus in de kale huurprijs worden verdisconteerd. Zoals hiervoor uiteengezet, is dit onder het huurrecht immers de vergoeding die de huurder verschuldigd is voor het (enkele) gebruik van de woonruimte *inclusief onroerende aanhorigheden*. Deze kosten mogen dus niet via de servicekosten aan de huurder worden doorbelast, aldus het hof.

Al verwijzend naar *Acantus* oordeelt de rechtbank Amsterdam vervolgens dat ‘verwarmingsinstallaties’ onroerende aanhorigheden zijn en het huurrecht geldt, ook als de levering van warmte aan een (klein)dochter is uitbesteed. Volgens de rechtbank geldt het huurrecht dus ook als er voor optie b. is gekozen. Met deze constructie is volgens de rechtbank namelijk sprake van levering van warmte aan huurders door ‘verhuurder zelf, althans een door diens moedermaatschappij opgerichte vennootschap’. Daarmee zou toepassing van het huurrecht op zijn plaats zijn. Redengevend is daarvoor volgens de rechtbank dat ‘niet aangenomen kan worden dat de wetgever (...) 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’.

#### Toepasselijk regime afhankelijk van keuze aardgasvrij-oplossing

Als we deze lijn volgen, zien de ‘warmte-opties voor corporaties’ er ineens heel anders uit. Dan komen

we er namelijk op uit dat als een huurder van een corporatie warmte afneemt van:

- i. *de corporatie zelf*, de levering van warmte door het huurrecht wordt gereguleerd;
- ii. *een (klein)dochter van de corporatie of een externe leverancier die daarvoor een onroerende aanhorigheid gebruikt*, de levering van warmte door het huurrecht wordt gereguleerd; en
- iii. *een (klein)dochter van de corporatie of een externe leverancier die geen onroerende aanhorigheid gebruikt*, de levering van warmte door de Warmtewet wordt gereguleerd.

Kiest een corporatie voor het voorzien van haar huurders van warmte met een installatie die is bedoeld om een of meer van haar complexen van warmte te voorzien, en (dus) een onroerende aanhorigheid is, dan lijkt het huurrecht van toepassing. Of de corporatie met deze ‘eigen installatie’ zelf levert, of de levering heeft uitbesteed aan een (klein)dochter of een externe leverancier lijkt daarbij niet relevant. Alleen bij levering van warmte aan huurders via een niet-onroerende aanhorigheid, lees: warmtenetten die niet specifiek zijn bedoeld om een of meer complexen van de corporatie van warmte te voorzien (‘grotere netten’), lijkt de Warmtewet van toepassing. En voor corporaties en haar (klein)dochters is het realiseren van en deelnemen in die grote netten niet eenvoudig. Zij mogen immers alleen maar actief zijn op het in art. 45 Woningwet geformuleerde gebied van de volkshuisvesting. En het realiseren van en deelnemen in netten die niet puur zijn bedoeld voor de levering van warmte aan haar eigen bezit is daar lastig in te passen.

Hiermee lijkt een wat bijzondere situatie te ontstaan; de toepasselijkheid van het huurrecht of de Warmtewet lijkt niet meer afhankelijk van de vraag of tussen leverancier en afnemer tevens een huurrelatie bestaat, maar van de oplossing die een corporatie kiest om woningen aardgasvrij te maken. Kiest een corporatie voor een eigen installatie (denk bijvoorbeeld aan een WKO), dan geldt het huur-

recht, wordt gekozen voor aansluiting op een ‘groot net’, dan geldt de Warmtewet.

#### Maar wat nu?

Als we dit doortrekken betekent een keuze voor een eigen installatie een keuze voor het huurrecht. En daarmee voor onzekerheid over de vraag of de daarmee gemoeide kosten aan huurders kunnen worden doorberekend. Een deel van de kosten moet dan immers in de kale huurprijs verdisconteerd worden, en daar zit voor corporaties weinig ruimte. Kiest een corporatie daarentegen voor aansluiting op een groot net, wat gezien de beperkingen die uit art. 45 Woningwet voortvloeien vrijwel zeker een keuze voor een externe (commerciële) leverancier betekent, dan is er veel meer ruimte om kosten aan huurders door te berekenen.

Nu zeggen wij natuurlijk niet dat het doel zou moeten zijn om zoveel mogelijk aan huurders van corporaties door te mogen berekenen. Bij vooral deze huurders zal dat nu juist *niet* de bedoeling zijn. Het punt dat wij hier willen maken, is dat de hiervoor besproken lijn uit de rechtspraak meer ruimte lijkt te bieden aan externe, commerciële partijen met grote netten om (hogere) tarieven aan huurders door te berekenen dan aan corporaties en hun (klein)dochters zelf. En dat lijkt een wat vreemde prikkel, want het inschakelen van een externe partij kan huurders raken. Als een corporatie bijvoorbeeld wil borgen dat de leverancier de tarieven niet (onnodig) verhoogt, is zij afhankelijk van de bereidheid van de betreffende leverancier om daar afspraken over te maken. En de betaalbaarheid van de woonlasten is voor veel corporaties terecht van essentieel belang. Is het dan niet beter om corporaties dezelfde ruimte te geven om de levering van warmte in eigen hand te houden, al dan niet via een (klein)dochter?

Op deze vragen is nu geen eenduidig antwoord te geven. Rechterlijke uitspraken wisselen en bieden weinig houvast voor de praktijk. In *Acantus* is cassatie ingesteld, het arrest van de Hoge Raad wordt medio dit jaar verwacht, en de kans dat hoger beroep

wordt ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam is ook groot. Hopelijk wordt in die procedures het een en ander rechtgezet. Maar toch achten wij het raadzaam dat de wetgever – al dan niet in de komende Wet collectieve warmtevoorziening – een duidelijke keuze gaat maken. Laat bijvoorbeeld de levering van warmte altijd onder de Warmtewet vallen en sluit het huurrecht op dat punt uit, of trek de lijn ‘geen huurrelatie is geen huurrecht’ door (en pas waar nodig Boek 7 BW aan). Wij hebben geen voorkeur, zolang er maar een einde aan de tarieven discussie komt!

1. N.B. Als een corporatie warmte doorlevert die zij ‘op de drempel inkoopt’ (bij een leverancier), is zij verbruiker als bedoeld in art. 1 lid 1 Warmtewet en wordt zij dus ook als zodanig beschermd.
2. 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 kW. En wij komen bij corporaties niet vaak individuele aansluitingen (voor de verhuurde woon- of bedrijfsruimte) van meer dan 100 kW tegen.
3. Zie hierover uitgebreid: K. Meijering, H.E. Noordhoek & R.M.F. de Martines, ‘Kroniek Warmte’, *TBR* 2021/55.
4. Zie bijv. Rb. Limburg 24 februari 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:1699.
5. N.B. De artikelen uit de Warmtewet die zijn genoemd in art. 1a lid 2 Warmtewet gelden wel.
6. *Kamerstukken II* 2016/17, 34723, nr. 3, p. 6 en 7 en *Kamerstukken I* 2017/18, 34723, C, p. 4.
7. Over de levering van warmte vóór 1 juli 2019 is hier overigens heel veel over gediscussieerd en geprocedeerd, zie bijv. Rb. Rotterdam 3 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3196 en Rb. Noord-Holland 5 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5805. Zie ook hierover uitgebreid: K. Meijering, H.E. Noordhoek & R.M.F. de Martines, ‘Kroniek Warmte’, *TBR* 2021/55.
8. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5624 en Hof Arnhem-Leeuwarden 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.
9. Rb. Amsterdam 24 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6949.