

WKO-installaties in de praktijk: reden tot koudwater-vrees?

mr. M. van Heeren en mr. T.H.G. Paffen*

Inleiding

De laatste tijd wordt bij nieuwbouw van een winkelcentrum of een kantoorgebouw steeds vaker gekozen voor een warmte-koude-opslaginstallatie (hierna: WKO-installatie). Warmte-koudeopslag is een methode om energie in de vorm van warmte of koude op te slaan in de bodem en wordt gebruikt om gebouwen te verwarmen en/of te koelen. Het systeem heeft zowel voor- als nadelen. Voordelen zijn onder meer dat een WKO-installatie een duurzame vorm van energie is met een veel lager CO₂-uitstoot en elektriciteitsverbruik. Daarnaast zou een WKO-installatie een lange levensduur moeten hebben en lage onderhoudskosten. De nadelen worden met name veroorzaakt door de onbekendheid met (de gevolgen van) het systeem en dat het vergunningplichtig is.¹ Op grond van de Waterwet is namelijk een vergunning nodig voor open WKO-systemen² die grondwater onttrekken. De provincie geeft deze vergunningen af. De bedoeling is dat ook zogenaamde gesloten WKO-systemen vergunningplichtig worden. Momenteel wordt namelijk gewerkt aan nieuwe regelgeving voor bodemenergiesystemen, te weten: het Besluit Bodemenergiesystemen.³ Voorts is van belang de thans bij de Tweede Kamer in behandeling zijnde Warmtewet, die gebonden warmteverbruikers beoogt te beschermen tegen hoge tarieven, onder meer door invoering van het ‘Niet Meer Dan Anders-principe’ (hierna: NMDA-principe).⁴ Het NMDA-principe betreft het uitgangspunt dat voor de warmtelevering een zodanig tarief wordt gevraagd dat de warmteverbruiker gemiddeld niet meer betaalt dan in een vergelijkbare situatie met gas. Hoewel de Warmtewet waarschijnlijk voor het merendeel van de huurders van bedrijfsruimte niet van toepassing zal zijn, zal toch in deze bijdrage bij die wet stilgestaan worden. In huurovereenkomsten van een nieuw te bouwen bedrijfsruimte met een WKO-installatie wordt namelijk veelal vastgelegd dat de huurder verplicht is om met de exploitant van de WKO-installatie een leveringsovereenkomst aan te gaan. Ook dan gaat het veelal om één aanbieder en ontbreekt in feite een eerlijke marktwerking. In deze bijdrage zal eerst in worden gegaan op de situaties dat de WKO-installatie wel dan wel niet tot het gehuurde zal gaan behoren. Dit laatste doet zich voor als ten behoeve van een derde – de WKO-exploitant – een recht van opstal met betrekking tot de WKO-installatie wordt gevestigd. Verder zullen enkele aandachtspunten, te weten de informatievoorziening en communicatie en de gefaseerde oplevering/ingebruikname door huurder en de (eventuele) onderzoeksplicht van de huurder van bedrijfsruimte met betrekking tot de WKO-installatie, kort worden behandeld. Vervolgens zal de Warmte-

wet worden besproken, waarna het artikel zal worden afgesloten met een beknopte samenvatting.

De WKO-installatie behoort niet tot het gehuurde

Het komt in de praktijk regelmatig voor dat ervoor wordt gekozen de WKO-installatie geen onderdeel te laten worden van de te huren (casco) bedrijfsruimte en dat het eigen-

* Mark van Heeren en Tom Paffen zijn werkzaam als advocaat op de sectie Vastgoed & Overheid van Deterink Advocaten en Notarissen te Eindhoven.

1. Voor een completer overzicht van de voor- en nadelen wordt verwezen naar www.ruimtexmilieu.nl destijds opgesteld in opdracht van het Ministerie van VROM en www.agentschapnl.nl (Ministerie van Economische Zaken Landbouw en Innovatie).
2. Bij open WKO-systemen wordt grondwater onttrokken en opgewarmd grondwater na gebruik terug in de bodem geïnfilteerd. Na ongeveer een half jaar wordt de circulatierichting omgedraaid. Hierbij is sprake van een verplaatsing van grondwater. De bronnen kunnen op enige afstand naast elkaar gelegen zijn of onder elkaar in verschillende watervoerende pakketten. De diepte van de bronnen varieert van 20 tot 300 m onder maaiveld. Bij gesloten WKO-systemen wordt een vloeistof, vaak met toegevoegde antivriesmiddelen, in buizen door de bodem geleid. Het water komt niet in direct contact met het grondwater. Er is geen sprake van een actieve verplaatsing van grondwater door het systeem. Bron: www.agentschapnl.nl.
3. Het Besluit Bodemenergiesystemen bepaalt de regels met betrekking tot het installeren en inwerking hebben van bodemenergiesystemen. In het besluit wordt onderscheid gemaakt tussen open en gesloten bodemenergiesystemen. De open systemen circuleren grondwater en worden ‘warmte-koude opslagsystemen (WKO)’ genoemd. De gesloten systemen wisselen warmte en koude uit via een gesloten buizenstelsel in de grond en worden daarom ‘bodem warmtewisselaars’ genoemd. Het Besluit Bodemenergiesystemen is geen zelfstandige maatregel van bestuur, maar wijzigt een aantal reeds bestaande besluiten. Inwerkingtreding is voorzien op 1 januari 2013. Bron: www.agentschapnl.nl.
4. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 3, p. 2.

dom, beheer en de exploitatie wordt overgedragen aan een geselecteerde professionele partij. Als uitgangspunt geldt dat een WKO-installatie, die immers duurzaam met de grond zal zijn verenigd, op grond van art. 5:20 lid 1 sub e BW, zal worden nagetrokken.⁵ De eigenaar van de grond zal derhalve in beginsel ook de eigenaar worden van de WKO-installatie. Als het de bedoeling is dat een ander eigenaar wordt van de WKO-installatie zal een recht van opstal moeten worden gevestigd. De timing is dan van groot belang. Stel dat een nieuwbouw bestaat uit een hoogbouw met woonappartementen, met daaronder liggende commerciële ruimten op één of meerdere bouwlagen en een ondergrondse parkeergarage en deze totale nieuwbouw wordt gesplitst in drie appartementsrechten (hoofdsplitsing). Het recht van opstal zal dan vóór de splitsing in appartementsrechten moeten worden gevestigd. Als een gebouw met een WKO-installatie (die zich in de gemeenschap bevindt) al is gesplitst, kan op grond van art. 5:117 lid 2 jo. lid 4 BW de gemeenschap namelijk alleen nog maar worden belast met een recht van erfdienstbaarheid.⁶ Een alternatief is nog wel een ontsplitsing, maar dat is veelal een onmogelijke opgave.

Indien met betrekking tot de WKO-installatie een recht van opstal ten behoeve van een derde wordt gevestigd, dan wordt de WKO-installatie in feite buiten de huurovereenkomst gehouden. De verhuurder heeft dan voor wat betreft de WKO-installatie jegens zijn huurders in beginsel geen verplichtingen. Gebruikelijk is dat de verhuurder een raamovereenkomst sluit met de WKO-exploitant, waarin bepaalde waarborgen opgenomen worden (zoals het hanteren van marktconforme tarieven ten opzichte van de afnemers/huurders). In de huurovereenkomst wordt dan veelal opgenomen dat de WKO-installatie niet tot het gehuurde behoort en dat de huurder verplicht is met de WKO-exploitant een leveringsovereenkomst aan te gaan. Hiervoor is aangegeven dat de positie van de huurders dan in het gedrang kan komen. Als er maar één aanbieder is, bestaat het risico dat contracten en tariefstellingen door de WKO-exploitant aan de huurders ter ondertekening worden aangeboden. De onderhandelingsruimte voor de huurders is dan zeer beperkt, temeer nu zij op grond van de huurovereenkomst verplicht zijn met deze WKO-exploitant een overeenkomst aan te gaan. Teneinde huurders te verwerven is het voor de ontwikkelaar/belegger van groot belang hier stil bij te staan en voldoende waarborgen in de raamovereenkomst met de WKO-exploitant vast te leggen, zoals:

- garanties ten aanzien van de goede werking van de WKO-installatie (ook gedurende de beginfase, waarover hierna meer);
- garanties ten aanzien van de kosten (vastrecht, verbruikskosten en indexering).

De verhuurder zou dan deze garanties ook in de huurovereenkomst kunnen opnemen, zodat de huurders (ook) de verhuurder daarop kunnen aanspreken. Omdat een goed functionerend klimaatbeheersingssysteem in bedrijfsruimten zo essentieel is – en bij winkelruimten zelfs direct van invloed kan zijn op de omzet – verdient het, althans vanuit de huurder gezien, aanbeveling dat ook als de WKO-installatie geen onderdeel uitmaakt van het gehuurde en de eigendom, beheer en exploitatie aan een derde wordt overgedragen, in de huurovereenkomst ten aanzien van onder meer het functioneren en de tariefstelling waarborgen of garanties worden opgenomen. Een bijkomende reden hiervoor is, dat in

deze situatie, de gehele (wettelijke) gebrekenregeling⁷, niet van toepassing zal zijn. Immers, de WKO-installatie maakt geen onderdeel uit van het gehuurde. De huurder dient zich derhalve te realiseren dat hij bij een slecht functionerende installatie (in beginsel) niet de huurprijs kan opschorten, of in rechte kan (laten) verminderen, noch de huurovereenkomst kan (laten) ontbinden/vernietigen. Als uitgangspunt geldt dat de huurder in die situatie de WKO-exploitant met wie hij een leveringsovereenkomst heeft, zal moeten aanspreken.

De WKO-installatie behoort wel tot het gehuurde

Indien de WKO-installatie wel tot het gehuurde behoort, zijn er ook voldoende aandachtspunten. Het belang van het goed schriftelijk vastleggen tussen de betreffende partijen, waaronder de hiervoor genoemde waarborgen, geldt natuurlijk ook in deze situatie. Waar wij met name bij stil willen staan, is hoe de (wettelijke) gebrekenregeling bij WKO-installaties zal kunnen gaan uitpakken. Voor wat betreft de vraag wanneer bij een slecht functionerende klimaatinstallatie sprake is van een gebrek verwijzen wij naar het onlangs in dit tijdschrift verschenen artikel van Van de Pest.⁸ WKO-installaties zullen naar onze inschatting de gebreken-discussie nog moeilijker maken. In de praktijk komt het namelijk voor dat de verhuurder de (collectieve) WKO-installatie realiseert, het gehuurde verder casco oplevert en dat de huurder zijn eigen winkelinstallatie daarop moet aansluiten. Er is dan sprake van een gedeelde verantwoordelijkheid en dan wordt de oorzaak van een eventueel gebrek aan de WKO-installatie nog belangrijker, maar waarschijnlijk ook moeilijker. Het achterhalen van de oorzaak van een niet goed functionerende WKO-installatie is overigens al complex, duur en veelal tijdrovend.⁹ Bovendien is de WKO-installatie één systeem waarop vele gebruikers/huurders zullen zijn aangesloten. Een foutieve aansluiting in één winkel kan de werking van het gehele systeem en dus ook bij de andere huurders nadelig beïnvloeden.

De wettelijke definitie van een gebrek luidt als volgt: ‘Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen

5. De vraag kan overigens worden gesteld of een WKO-installatie als een netwerk in de zin van het 2de lid van art. 5:20 BW kan worden aangemerkt. In dit 2de lid is bepaald, dat in afwijking van het 1ste lid de eigendom van een net, bestaande uit één of meer kabels of leidingen, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie, dat in, op of boven de grond van anderen is of wordt aangelegd, toebehoort aan de bevoegde aanlegger van dat net dan wel aan diens rechtsopvolger.
6. Art. 5:118a BW regelt (enkel) de mogelijkheid van vestiging van een recht van opstal op de privé-gedeelten van een appartementsrecht, welke mogelijkheid slechts bestaat ten aanzien van nieuw aan te brengen gebouwen, werken of beplantingen. Zie: De Groene Serie Privaatrecht, Zake-lijke rechten, art. 5:118a BW, aant. 4.
7. Art. 7:204 t/m 7:210 BW.
8. S.M. van de Pest, ‘Altijd te warm of te koud in het gehuurde? Gebrekkig binnenklimaat en de mogelijkheid van exoneration’, *TvHB* 2011, p. 264-269.
9. Vgl. ook Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 18 februari 2012, *LJN* BR7070.

dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van een soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft' (art. 7:204 lid 2 BW). Een feitelijke stoornis door een derde zonder bewering van recht en een bewering van recht zonder feitelijke stoornis leveren geen gebrek op (art. 7:204 lid 3 BW).¹⁰ Stel een WKO-installatie functioneert niet goed omdat huurder A de installatie in zijn eigen winkel verkeerd heeft aangesloten waardoor huurders B en C hun eigen winkel niet op temperatuur kunnen krijgen. De eerste vraag is waardoor de winkelinstallatie van huurder A verkeerd is aangesloten. Dat kan veroorzaakt zijn door een fout van de installateur van huurder A, maar denkbaar is ook dat verkeerde (of niet tijdige) informatie over de WKO-installatie door of namens verhuurder is verschaft. Als de oorzaak aan huurder A kan worden toegerekend, dan kan hij zich niet beroepen op de gebrekenregeling. Maar wat geldt voor huurders B en C? Naar onze mening kunnen die zich wel op het standpunt stellen dat sprake is van een gebrek (als hen verder niets kan worden verweten). Het betreft in de rechtsverhouding tussen de verhuurder en huurders B en C dan niet een aan huurders B of C toe te rekenen omstandigheid. Dit sluit ook aan bij de bedoeling van de wetgever die immers een ruime definitie van 'gebrek' heeft beoogd.¹¹ Voor zover een verhuurder zich op het standpunt zou stellen dat de (toerekenbare) fout van huurder A moet worden aangemerkt als een feitelijke stoornis als bedoeld in art. 7:204 lid 3 BW, zal die redenering naar onze mening niet opgaan, waarbij een parallel zou kunnen worden getrokken met de jurisprudentie over huurgenotderving als gevolg van een overlast veroorzakende huurder van dezelfde verhuurder dat in beginsel als een gebrek kwalificeert.¹² De achterliggende gedachte bij die jurisprudentie is dat de verhuurder de overlast veroorzakende huurder kan aanpakken, bijvoorbeeld door een huurbeëindigingsprocedure op te starten. Die redenering zou ook kunnen opgaan indien een huurder een fout heeft gemaakt bij de aansluiting op de WKO-installatie en mitsdien (toerekenbaar) tekort schiet jegens zijn verhuurder. De gebrekenregeling is echter bij (ver)huur van bedrijfsruimte van regelen recht en de veelgebruikte ROZ-modellen voorzien ook in afwijkingen op de wettelijke regeling (ten gunste van de verhuurder). Juist vanwege de complexiteit en de veelal gedeelde verantwoordelijkheden (verhuurder-huurder-WKO-exploitant) verdient het aanbeveling om in de huurovereenkomst goed te omschrijven bij welke partij welke verantwoordelijkheid ligt. Dit geldt naar onze mening ook bij gebruik van de ROZ-modellen, waarin de (afwijkingen op de) gebrekenregeling een algemeen karakter heeft, waarbij waarschijnlijk geen rekening zal zijn gehouden met systemen als een WKO-installatie.

Informatievoorziening en communicatie

Met name als sprake is van een gedeelde verantwoordelijkheid is goede en tijdige informatie en (technische) tekeningen van de WKO-installatie een vereiste. In de huurovereenkomst kan worden opgenomen wie die informatie en tekeningen (namens verhuurder) aanlevert en (bij nieuwbouw) wanneer die beschikbaar zijn. De installateur van huurder zal vanzelfsprekend wel bekend moeten zijn met WKO-installaties, die immers specialistische kennis vereist.

Gefaseerde oplevering/ingebruikname bedrijfsruimte

Indien bijvoorbeeld een nieuw winkelcentrum met een WKO-installatie wordt gerealiseerd waarop de huurders aangesloten zullen worden, kunnen de eerste huurders die hun winkel openen geconfronteerd worden met een nog niet goed functionerend WKO-systeem. Voor een goede werking van de WKO-installatie is namelijk veelal nodig dat (nagenoeg) alle huurders aangesloten zijn en dat de installatie gedurende enige tijd operationeel is. Met andere woorden dit kan in de beginfase tot enige overlast leiden.

Naderhand vestigen van een recht van opstal

Stel dat de WKO-installatie in eerste instantie wel tot het gehuurde behoort en de verhuurder ten behoeve van de WKO-exploitant alsnog een recht van opstal met betrekking tot de WKO-installatie wil vestigen. Wij menen dat dit niet zonder de uitdrukkelijke toestemming van de huurder kan, omdat dit immers een wijziging inhoudt van het huurobject dan wel de huurovereenkomst. Maar stel dat die toestemming niet wordt gevraagd, of verkregen en het recht van opstal wordt toch gevestigd (en kan ook rechtsgeldig worden gevestigd), geldt dan art. 7:226 BW ('koop breekt geen huur')? Dit artikel is immers ook van toepassing bij de vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van opstal. Maar is dit artikel wel voor dit soort situaties geschikt? Op 'de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft' (toch in hoofdzaak de bedrijfsruimte zelf) wordt immers geen recht van opstal gevestigd, maar uitsluitend ten aanzien van de grotendeels ondergrondse WKO-installatie. Teneinde dit soort discussies te voorkomen, is het verstandig dat de ontwikkelaar in een vroeg stadium nadenkt over de juridische vormgeving.

Heeft een huurder een onderzoekplicht naar de geschiktheid van de WKO-installatie voor zijn bedrijfsvoering?

Over het algemeen wordt niet snel een onderzoekplicht ten aanzien van gebreken door de huurder aangenomen.¹³ Dit uitgangspunt volgt ook uit het KPN/Tamminga-arrest van de Hoge Raad.¹⁴ Tamminga klaagde in cassatie erover dat het hof zou hebben miskend dat op KPN als professionele huurder die zaken doet met een niet-professionele verhuurder een onderzoekplicht rust. De Hoge Raad verwierp die stelling omdat het in beginsel aan de verhuurder is om voor zover daar aanleiding is, het door hem te verhuren pand te (doen) onderzoeken op gebreken alvorens het te verhuren. Op grond van bijzondere omstandigheden kan dat overigens weer anders zijn, aldus de Hoge Raad.¹⁵ Dergelijke bij-

10. De wettelijke gebrekenregeling is uitgebreid besproken in: J.M. Winter-Bossing & E.T. de Boer, 'De gebrekenregeling', *TvHB* 2011, p. 164-180.
11. Alle genotbepalingen die niet aan de huurder zijn toe te rekenen vormen een gebrek, aldus de MvT (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 14).
12. Zie bijv. Rechtbank Breda, sector kanton, locatie Tilburg 24 april 2007, *LJN* BA7188, Kantonrechter Amsterdam 23 november 2004, *WR* 2005, 56 en Kantonrechter Lelystad 8 december 2004, *PRG* 2005, 87.
13. J.M. Winter-Bossing & E.T. de Boer, 'De gebrekenregeling', *TvHB* 2011, p. 170.
14. HR 3 september 2010, *WR* 2010, 102.
15. *Ibid*, r.o. 5.2.2.

zondere omstandigheden kunnen zich naar onze mening bij WKO-installaties voordoen.¹⁶ Bijvoorbeeld in geval van een gedeelde verantwoordelijkheid tussen verhuurder (collectieve WKO-installatie) en huurder (eigen winkelinstallatie). Een bijzondere omstandigheid zou naar onze mening ook kunnen zijn als het gehuurde casco wordt opgeleverd en de indeling van het casco object (substantieel) door de huurder wordt gewijzigd. Wijziging van de indeling kan immers van invloed zijn op de klimatologische omstandigheden in de gehuurde unit. Maar ook als de bedrijfsvoering van huurder specifieke eisen aan een klimaatbeheersingssysteem stelt. Overigens wordt opgemerkt dat in de ROZ-modellen voor bedrijfsruimten een algemene onderzoekplicht op de huurders wordt gelegd.¹⁷ De (potentiële) huurders van nieuw te bouwen bedrijfsruimte met een WKO-installatie doen er dan ook goed aan om zich van een (eventuele) onderzoekplicht bewust te zijn en indien nodig onderzoek in te stellen, of bepaalde garanties van de verhuurder te verlangen.

Warmtewet

Inleiding

De Warmtewet beoogt een betrouwbare en betaalbare levering van warmte, tegen redelijke voorwaarden en een daarbij horende goede dienstverlening te waarborgen voor alle warmteverbruikers met een aansluiting op een warmtenet van maximaal 100 kilowatt (kW). Wettelijke bescherming van deze warmteverbruikers acht de wetgever nodig, omdat bij aanwezigheid van warmtesystemen, zoals een WKO-installatie, veelal geen alternatieve energie-infrastructuur, zoals een gasnet, wordt aangelegd. De relatief kleine warmtegebruikers zijn daardoor volledig afhankelijk van het warmtenet en de daarbij horende warmteleverancier. Anders dan bij grote warmteverbruikers leidt dit tot een zwakke onderhandelingspositie.¹⁸

Stand van zaken

De Warmtewet kent een lange historie. Het wetsvoorstel is in september 2003 bij de Tweede Kamer ingediend.¹⁹ Na een uitvoerige behandeling is het wetsvoorstel in juli 2008 door de Tweede Kamer gewijzigd aangenomen.²⁰ Het gewijzigde wetsvoorstel is in februari 2009 door de Eerste Kamer aangenomen.²¹ Naar aanleiding van nadere onderzoeken en reacties uit het maatschappelijk veld heeft de Tweede Kamer in juni 2010 geconcludeerd dat de Warmtewet in de destijds voorliggende vorm in de praktijk op grote bezwaren zou stuiten en moeilijk uitvoerbaar zou zijn. Met name het gehanteerde tariefstelsel zou vereenvoudiging behoeven. De Tweede Kamer heeft de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (hierna: de Minister) daarom verzocht de Warmtewet aan te passen. De Minister heeft naar aanleiding hiervan in juli 2011 een voorstel tot wijziging van de Warmtewet bij de Tweede Kamer ingediend.²² De vaste Commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie heeft dit wijzigingsvoorstel in oktober 2011 behandeld.²³ Als reactie op het verslag van voormelde Commissie heeft de Minister het wijzigingsvoorstel in november 2011 op een aantal punten nader aangepast.²⁴ De verwachting is dat het wijzigingsvoorstel op korte termijn in de Tweede Kamer wordt behandeld. Hierna worden enkele relevante hoofdlijnen van de Warmtewet, zoals deze thans ter bespreking voorligt bij de Tweede Kamer, uiteengezet.

Gebruikersgrens

Bij het bepalen van de reikwijdte van de Warmtewet is aansluiting gezocht bij een aansluitwaardegrens voor huishoudens met gas. Er zijn twee mogelijke grenzen overwogen als referentie: G6 (huishoudens) en G25 (klein verbruikers). Uiteindelijk is gekozen voor G6, omdat de keuze voor de grens van G25 ertoe zou leiden dat de groep niet alleen huishoudens zou omvatten, maar ook andere typen warmteverbruikers. Dit zou ten koste gaan van de eenvoud en transparantie van het tariefstelsel van de Warmtewet (zie hierna).²⁵ De G6 gas-aansluitcapaciteit is omgerekend naar een aansluitcapaciteit en is naar boven afgerond op 100 kW.²⁶ Alle warmteverbruikers met een aansluiting op een warmtenet van maximaal 100 kW vallen dus onder de bescherming van de Warmtewet. Betekent dit dat alleen consumenten bescherming genieten onder de Warmtewet? Nee, ook bedrijfsmatige warmteverbruikers kunnen onder de reikwijdte van de Warmtewet vallen. De maximale aansluitwaarde van huishoudens ligt in de regel niet hoger dan 35 kW. De grens van 100 kW kent dus een behoorlijke marge. De Minister heeft aangegeven dat normaal verbruikende MKB-bedrijven vaak een aansluitwaarde van 50 kW hebben.²⁷ Uiteraard zal de aard van de bedrijfsvoering uiteindelijk bepalend zijn voor de maximale aansluitwaarde. Zo kan voor de exploitatie van een gering zwembadcomplex meer warmte nodig zijn dan voor de exploitatie van een groot kantorencomplex. De Warmtewet is dus van toepassing bij woonruimten, maar kan ook van toepassing zijn bij bedrijfsruimten, zolang de aansluiting op het warmtenet de 100 kW maar niet overstijgt. Voor warmteverbruikers met een hogere aansluitwaarde dan 100 kW, geldt de Warmtewet niet. Voor deze warmteverbruikers verandert vooralsnog niets ten opzichte van de huidige situatie waarin de markt ongereguleerd is. De wetgever veronderstelt dat zij voldoende in staat zijn om zelf een voor hen gunstige overeenkomst te bedingen met hun warmteleverancier.²⁸ Zoals hiervoor ter sprake kwam, is het de vraag of dit in de praktijk ook zo zal zijn.

16. Zie ook: S.M. van de Pest, 'Altijd te warm of te koud in het gehuurde? Gebrekkig binnenklimaat en de mogelijkheid van exonatie', *TvHB* 2011, p. 264-269 en de in dat artikel besproken jurisprudentie.

17. Op grond van art. 4.1 van de algemene bepalingen (290-bedrijfsruimte versie 2008) is de huurder gehouden het gehuurde voor het aangaan van de huurovereenkomst grondig te inspecteren om na te gaan of het gehuurde geschikt is, of door of vanwege huurder geschikt kan worden gemaakt, voor de overeengekomen bestemming die huurder daaraan moet geven. Voor 230a-bedrijfsruimte geldt een (nagenoeg) identieke bepaling (art. 4 van de algemene bepalingen 230a-bedrijfsruimte versie 2003).

18. *Kamerstukken II* 2002/03, 29 048, nr. 3, p. 3.

19. *Kamerstukken II* 2002/03, 29 048, nr. 2.

20. *Kamerstukken I* 2007/08, 29 048, A.

21. Hierbij heeft geen stemming plaatsgevonden. De fractie van de VVD is daarbij aantekening verleend.

22. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 2.

23. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 839, nr. 6.

24. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 839, nr. 8.

25. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 839, nr. 7, p. 3.

26. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 839, nr. 7, p. 8.

27. *Ibid.*

28. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 839, nr. 7, p. 9.

Warmteleverancier

De Warmtewet hanteert de volgende definitie van warmteleverancier: 'een persoon die zich bezighoudt met de levering van warmte'.²⁹ Onder de levering van warmte wordt in dit verband verstaan de levering van: 'warm water of tapwater bestemd voor ruimteverwarming of -koeling, sanitaire doeleinden en huishoudelijk gebruik'.³⁰ Hoe de warmte wordt opgewekt (via een WKO-installatie, een stadsverwarming, een blokverwarming etc.) speelt geen rol.

Een verhuurder die aan zijn huurders warmte levert via een WKO-installatie, en dit systeem zelf exploiteert, wordt aangemerkt als warmteleverancier in de zin van de Warmtewet. Het is een warmteleverancier verboden zonder vergunning warmte te leveren aan verbruikers, tenzij hij:

- a. warmte levert aan ten hoogste 10 verbruikers tegelijk,
- b. per jaar niet meer warmte levert 10.000 gigajoules, of
- c. de verhuurder of de eigenaar is van het gebouw, ten behoeve waarvan de warmte wordt geleverd.³¹

Een verhuurder die aan zijn huurders warmte levert via een WKO-installatie, en dit systeem zelf exploiteert, is dus geen vergunningplichtige warmteleverancier, ook niet indien hij geen eigenaar is van het gebouw ten behoeve waarvan de warmte wordt geleverd. Een interessante vraag in dit verband is of deze vrijstelling van de vergunningsplicht ook geldt voor verhuurders die warmte leveren via een aan hen verbonden aparte juridische entiteit (hierna: Energie-BV). Kan in dat geval nog steeds worden gezegd dat de verhuurder warmte levert? De wetgever heeft deze vraag vooralsnog niet beantwoord.

Tariefstelsel

Een wezenlijk onderdeel van de Warmtewet is de introductie van een maximumprijs. Deze maximumprijs wordt gebaseerd op het NMDA-principe. Bij de bepaling van de maximumprijs voor de levering van warmte dient de gassituatie als referentiesituatie. De maximumprijs op basis van het NMDA-principe is gebaseerd op de integrale kosten die een warmteverbruiker zou moeten maken voor het verkrijgen van dezelfde hoeveelheid warmte bij het gebruik van gas als energiebron. De integrale kosten in deze gassituatie bestaan zowel uit een gebruiksonafhankelijk deel (vaste kosten) als een gebruiksonafhankelijk deel (variabele kosten). Het gebruiksonafhankelijk deel bestaat uit de vaste kosten voor de levering, het transport en de aansluiting van gas en het verschil in gebruikskosten.³² In het Warmtebesluit en de Warmteregeling zullen nadere regels worden gegeven inzake de berekening van de maximumprijs.³³ Opmerking verdient dat de maximumprijs alleen geldt voor de levering van warmte. De levering van koude wordt niet gereguleerd door de Warmtewet en aanverwante secundaire regelgeving. Partijen kunnen hierover dus vrijelijk onderhandelen en afspraken maken. Het is de bedoeling dat de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: Nma) één keer per jaar de maximumprijs voor de levering van warmte onder de Warmtewet vaststelt. Het besluit tot vaststelling van de maximumprijs wordt bekendgemaakt in de Staatscourant. De Nma zal overigens niet alleen toezicht gaan houden op de tarieven voor de levering van warmte onder de Warmtewet. De Nma zal tevens structureel toezicht gaan houden op de rendementen van warmteleveranciers. Naast het voorkomen dat warmteverbruikers meer betalen dan verbruikers in een gassituatie, is een tweede uitgangspunt van de Warmte-

wet namelijk het voorkomen van overwinsten³⁴ bij warmteleveranciers.³⁵

Aansluitbijdrage

De Warmtewet reguleert niet alleen het tarief voor de levering van warmte, maar ook de aansluitbijdrage die warmteverbruikers moet betalen. Daarbij heeft de wetgever twee situaties onderscheiden:

1. De situatie waarin sprake is van nieuwbouw en een warmteverbruiker of een groep warmteverbruikers wordt aangesloten op een nieuw warmtenet.
2. De situatie waarin een warmteverbruiker of een groep warmteverbruikers wordt aangesloten op een bestaand warmtenet.

In de eerste situatie wordt de aansluitbijdrage niet gereguleerd door de Warmtewet. In de tweede situatie wel. In dat geval is, net als bij de vaststelling van de maximumprijs voor warmtelevering, het NMDA-principe van toepassing.³⁶ Dit houdt in dat de aansluitbijdrage die een warmteverbruiker verschuldigd is op het moment van aansluiten op het warmtenet maximaal gelijk mag zijn aan de aansluitbijdrage voor een G6 gasaansluiting, zoals deze door de Nma wordt vastgesteld. Het gaat hierbij om de eenmalige kosten voor aansluiting op het warmtenet. De jaarlijks terugkerende kosten voor het in stand houden van de warmteaansluiting worden verwerkt in het vaste kostencomponent van de maximumprijs. Het door de wetgever gemaakte onderscheid komt voort uit de gedachte dat bij een nieuw warmtenet geen sprake is van gebondenheid van de warmteverbruiker en een monopoliepositie van de warmteleverancier. De projectontwikkelaar kan in vrije onderhandeling bepalen of hij kiest voor aansluiting op een warmtenet dan wel kiest voor een andere vorm van verwarming. Hoewel de warmteverbruiker vaak geen partij is bij deze onderhandelingen, gaat de wetgever ervan uit dat in deze situatie een redelijke prijs tot stand komt.³⁷

Warmtewisselaar en -meter

Op basis van de Warmtewet heeft de warmteverbruiker het recht om van de warmteleverancier te verlangen dat deze binnen een redelijke termijn en tegen redelijke tarieven en

29. Art. 1 sub c Warmtewet. *Kamerstukken I* 2007/08, 29 048, A, p. 1.
30. Art. 1 sub h Warmtewet. *Kamerstukken I* 2007/08, 29 048, A, p. 2.
31. Art. 9 Warmtewet. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 2, p. 5.
32. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 3, p. 14.
33. Bij brief d.d. 1 december 2009 heeft de Minister een ontwerpbesluit, houdende regels ter uitvoering van de Warmtewet en een ontwerpregeling houdende uitvoering van het Warmtebesluit aan de Tweede Kamer gezonden. Deze ontwerpen zijn tevens in de Staatscourant gepubliceerd.
34. Dit zijn winsten die worden behaald als gevolg van een onredelijk hoog rendement.
35. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 3, p. 3.
36. Art. 6 lid 1 Warmtewet. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 2, p. 4.
37. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 3, p. 7.

voorwaarden een warmtewisselaar ter beschikking stelt.³⁸ De warmteverbruiker kan daarnaast de warmteleverancier verzoeken om een individuele warmtemeter die het actuele warmteverbruik kan weergeven en die informatie kan geven over de tijd waarin sprake was van daadwerkelijk verbruik, tenzij dit technisch onmogelijk of financieel niet redelijk is.³⁹ Volgens de wetgever doet een dergelijke situatie zich bijvoorbeeld voor bij reeds bestaande (studenten-)complexen met blokverwarming. Op dit moment wordt in de praktijk in dergelijke complexen vaak gebruik gemaakt van verdampingsmeters in combinatie met afgesproken verdeelsleutels, waarin ook de kosten voor de verwarming van collectieve ruimten zijn verwerkt. Het is volgens de wetgever voorstelbaar dat in dergelijke situaties de plaatsing van aparte meters op het niveau van de individuele warmteverbruiker gepaard gaat met relatief hoge kosten, waardoor dit als financieel onredelijk kan worden beschouwd.⁴⁰ Indien sprake is van een nieuwe aansluiting in een nieuw gebouw of een gebouw ingrijpend wordt gerenoveerd, dient een warmteleverancier te allen tijde zorg te dragen voor een individuele warmtemeter, uiteraard voor zover de Warmtewet van toepassing is.⁴¹

Noodvoorziening

In het geval een warmteleverancier in financiële moeilijkheden verkeert, kan de Minister de warmteleverancier opdragen bepaalde voorzieningen te treffen, teneinde zeker te stellen dat de levering van warmte in voldoende mate plaatsvindt, of een (stille) curator instellen.⁴² Indien blijkt dat faillissement van de warmteleverancier onvermijdelijk is, kan de Minister een noodleverancier aanwijzen. Deze noodleverancier krijgt de opdracht om zorg voor te dragen voor de exploitatie van het warmtenet in de periode waarin de oorspronkelijke warmteleverancier in staat van faillissement verkeert. Daartoe krijgt de noodleverancier het beheer van het warmtenet. De noodleverancier mag enkel correctieve onderhoudswerkzaamheden verrichten en dient zich te houden aan de maximumprijs voor de levering van warmte. De noodleverancier heeft in beginsel recht op een door de Minister vastgestelde redelijke vergoeding. Daarbij dient echter bedacht te worden dat de noodleverancier in veel gevallen een rendement zal maken dat voldoende is om te voorzien in die redelijke vergoeding. Het tarief voor de levering van warmte is namelijk gebaseerd op het NMDA-principe, dat voor een aanzienlijk deel bestaat uit vaste kosten, die in de periode waarin de noodleverancier actief is niet worden gemaakt. De noodleverancier heeft immers enkel het beheer over het warmtenet.⁴³

Gelijke monniken, gelijke kappen?

Alle warmteverbruikers met een aansluiting op een warmtenet van maximaal 100 kW vallen onder de bescherming van de Warmtewet. Ook huurders van bedrijfsruimten kunnen, zoals in het voorgaande ter sprake kwam, onder de reikwijdte van de Warmtewet vallen. Hierbij zal met name gedacht moeten worden aan MKB-bedrijven. Een voor de praktijk interessante vraag is hoe de warmteleverancier bij de inwerkingtreding van de Warmtewet zal omgaan met verschillen in aansluitwaarden tussen huurders in één complex. Het is immers mogelijk dat de aansluitwaarde van huurder A in een bepaald complex net lager dan 100 kW ligt, terwijl de aansluitwaarde van de naastgelegen huurder B in datzelfde complex net boven de 100 kW uitkomt. Dit zou betekenen

dat huurder A wel onder de bescherming van de Warmtewet valt en huurder B niet. Huurder A wordt geacht wettelijke bescherming nodig te hebben, huurder B wordt geacht zelfstandig een voor hem gunstig leveringstarief te kunnen bedingen. De vraag is of dat in de praktijk ook zo zal zijn. Is huurder B in staat om hetzelfde leveringstarief tegen dezelfde voorwaarden te bedingen als huurder A of zal huurder B zijn verlies moeten nemen als de regels van de vrije markt voor hem gelden? Bovendien kan de vraag worden gesteld of deze verschillen in één complex wenselijk zijn. In het verslag van de vaste Commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie d.d. 7 oktober 2011, dat is opgesteld naar aanleiding van het voorstel tot wijziging van de Warmtewet, valt terug te lezen dat de leden van de SP-fractie dit punt bij de Minister reeds onder de aandacht hebben gebracht.⁴⁴ De Minister geeft in zijn nota naar aanleiding van voormeld verslag te kennen dat hij het niet wenselijk acht om het generieke systeem van tariefregulering in te richten op de volledige markt, omdat dit afbreuk zou doen aan belangrijke doelstellingen van transparantie, eenduidigheid en eenvoud van de wetgeving.⁴⁵ Of de Tweede Kamer deze zienswijze onderschrijft, zal moeten blijken.

Samenvatting

Indien in een nieuwbouwproject gekozen wordt voor een WKO-installatie zal in een vroeg stadium bepaald moeten worden of de WKO-installatie tot het gehuurde zal gaan behoren, dan wel middels de vestiging van een recht van opstal aan de WKO-exploitant zal toebehoren. In het bijzonder geldt dit als het nieuwbouwproject in appartementsrechten zal worden gesplitst. Voor alle situaties geldt dat als de huurder verplicht wordt met een WKO-exploitant een leveringsovereenkomst aan te gaan, de belegger/verhuurder in zijn raamovereenkomst met de WKO-exploitant goede afspraken zal moeten maken ten aanzien van onder andere het goed functioneren van de installatie en de tariefstelling ten opzichte van de afnemers/huurders. Dit laatste is niet eenvoudig. Daarbij kan de vraag gesteld worden of de verplichting dat de tarieven marktconform dienen te zijn, voldoende is. Immers: wat is marktconform in geval van een WKO-installatie in een specifiek project? Voor zover de Warmtewet niet van toepassing zou zijn, zou aangesloten kunnen worden bij een nadere en concrete uitwerking van het NMDA-principe. Het verdient ook aanbeveling, in ieder geval voor de huurders, om dergelijke waarborgen/garanties ook in de huurovereenkomst op te nemen en dat geldt in het bijzonder als de WKO-installatie niet tot het gehuurde behoort. De gebre-

38. Art. 8 lid 1 Warmtewet. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 2, p. 4.

39. Art. 8 lid 2 Warmtewet. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 2, p. 4.

40. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 3, p. 15.

41. Art. 8 lid 2 sub c en d Warmtewet. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 2, p. 4.

42. Art. 12b Warmtewet. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 839, nr. 2, p. 6.

43. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 839, nr. 7, p. 13.

44. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 839, nr. 6, p. 6.

45. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 839, nr. 7, p. 8.

kenregeling is dan immers niet van toepassing. Vanwege de complexiteit van WKO-installaties en de soms gedeelde verantwoordelijkheden (verhuurder-huurder-WKO-exploitant) verdient het, indien de WKO-installatie onderdeel wordt van het gehuurde, aanbeveling aandacht te besteden aan een specifieke gebrekenregeling. Daarnaast zal de huurder in bepaalde situaties bedacht moeten zijn op een onderzoeksplicht naar de geschiktheid van de WKO-installatie voor zijn bedrijfsvoering. Verder zijn een goede en tijdige informatievoorziening en het inschakelen van deskundige partijen bij WKO-installaties vanwege de complexiteit van groot belang. Tot slot merken wij op dat de in ontwikkeling zijnde wet- en regelgeving, zoals de Warmtewet en het Besluit Bodemenergiesystemen, nauwkeurig in de gaten moeten worden gehouden.