

Wat betekent het Acantus arrest voor bodemenergie en outsourcing?

AANLEIDING

Duurzame energie met bodemenergie en warmtepompen wordt in steeds meer gevallen via outsourcing uitbesteed aan marktpartijen, zogenaamde energy service companies (ESCO's). Daarbij realiseert, investeert en exploiteert de ESCo de energievoorziening voor een (woon)gebouw of gebouwen, en brengt via aansluitkosten, vastrecht en energietarieven de kosten hiervoor in rekening. Hiervoor worden contracten opgesteld met alle betrokken partijen.

In januari 2022 is door de Hoge Raad een uitspraak gedaan inzake een geschil tussen een verhuurder en huurders, het Acantus arrest. We merken dat verwarring is ontstaan door deze uitspraak. Volgens veel partijen in de media en politiek betekent deze uitspraak een hoop problemen voor de bodemenergiebranche en voor woningcorporaties specifiek. Uit bestudering en analyse van de uitspraak blijkt dat dit sterke nuancering vraagt en de impact veel minder groot is of hoeft te zijn dan gedacht. Om dit toe te lichten leggen wij in dit stuk de aspecten van de uitspraak uit die voor de energiebranche van belang zijn.

CASUS ACANTUS

In de Acantus casus was de situatie als volgt:

De verhuurder (Acantus) heeft twee woontorens. Deze woontorens zijn aangesloten op een collectief WKO-systeem, dat wordt geëxploiteerd door de Energy Service Company (hierna: ESCo) Bam Energy Systems (BTES). Acantus heeft ervoor gekozen om reclame te maken voor zijn woontorens door de nieuwe huurders aan te bieden dat zij de eerste twee jaar gratis stoken. Acantus had daarom voor elk te verhuren appartement wel een leveringsovereenkomst gesloten met BTES, maar op haar eigen (stichtings)naam en leverde de warmte, koude en tapwater door aan de huurders. Daarmee is Acantus naast verhuurder ook warmteleverancier geworden. De huurders hebben dus nooit zelf een leveringsovereenkomst gesloten met de ESCo, terwijl dat in de branche wel heel gebruikelijk is.

In veruit de meeste outsourcingprojecten wordt in de contracten opgenomen dat de gebouweigenaar (dus de verhuurder of verkoper van de appartementen) in de verkooppapieren of in de huurovereenkomsten zet dat de kopers of huurders verplicht zijn een leveringsovereenkomst aan te gaan met de ESCo. Er wordt in principe nooit geadviseerd om zelf leveringsovereenkomsten aan te gaan per appartement(srecht), omdat de uiteindelijke afnemer (koper of huurder) dit zelf moet doen. Dit is alleen anders indien de gebouweigenaar hier zelf voor kiest. In een exploitatieovereenkomst staat meestal de standaard bepaling dat de gebouweigenaar zelf de ESCo betaalt bij leegstand van de appartementen, meer niet. Veruit de meeste ESCo's zullen hier ook een voorkeur voor hebben. De situatie zoals bij Acantus komt derhalve in de praktijk weinig voor.

Na de eerste twee jaar gratis stoken zegt Acantus tegen de huurders dat zij zelf een overeenkomst met de ESCo (BTES) moeten afsluiten, waardoor zij voor zowel gebruik als voor onderhouds- en exploitatiekosten van de WKO moeten gaan betalen in de vorm van een vastrecht. De huurders weigeren dit (overigens weigerde BTES dat ook in een andere procedure tussen Acantus en BTES). De



huurders geven wel toe dat zij moeten betalen voor het verbruik van warmte, koude en tapwater maar niet voor de overige onderhoud gerelateerde kosten. Vervolgens stelt Acantus dat zij dan de servicekosten per maand zal verhogen voor alle huurders, om de kosten op die manier te kunnen voldoen aan de ESCo. Dit weigeren de huurders ook, omdat zij stellen dat de WKO een onroerende aanhorigheid is van het appartement dat zij huren. Onroerend aanhorigheden zijn voorzieningen die “naar hun aard onlosmakelijk verbonden zijn” met de gehuurde woonruimte. Kosten voor onroerende aanhorigheden van een woonruimte mogen niet in servicekosten worden doorberekend, maar moeten zijn opgenomen in de kale huur, aldus de huurders.

PROCEDURE EN WARMTEWET VERSUS HUURRECHT

Vanaf hier wordt het mogelijk wat verwarrend, omdat in de Warmtewet staat dat ‘alle kosten met betrekking tot de levering van warmte en koude’ in de tariefstelling mogen worden opgenomen, dus ook onderhoudskosten en dergelijke. Deze bepaling geldt echter enkel voor warmteleveranciers. In deze casus is Acantus zowel verhuurder als warmteleverancier/ESCo, omdat de leveringsovereenkomsten op eigen naam zijn aangegaan en Acantus doorlevert aan de huurders. De Warmtewet zegt dat de regels van de Warmtewet niet gelden indien een warmteleverancier tevens verhuurder is, omdat die rechten en plichten worden bepaald door Burgerlijk Wetboek 7 (huurrecht). Het huurrecht zegt vervolgens dat je kosten voor onroerende aanhorigheden niet in servicekosten mag berekenen, maar dat deze in de kale huur moeten zijn opgenomen. Het hof heeft besloten dat het huurrecht hier boven de Warmtewet gaat, omdat de huurders beschermd dienen te worden. De Hoge Raad heeft dit bevestigd.

Acantus heeft in de procedure aangevoerd dat de WKO géén onroerende aanhorigheid is, omdat BTES het eigendom van de WKO in handen heeft (via een recht van opstal) en het daarom geen onderdeel kan zijn van de appartementen. Hier gaat een groot deel van de juridische discussie over, zoals we merken online en in de politiek. Maar in de praktijk, zeker bij reguliere contractering van een ESCo en verkoop in plaats van verhuur, is dat niet zo complex. Een recht van opstal wordt nagenoeg altijd gevestigd op een WKO, en betekent dat het eigendom in handen komt/blijft van de ESCo. Als men dat niet doet wordt de WKO doordat het vastzit aan het gebouw, onderdeel van het gebouw. Als iets onderdeel van een gebouw is, wordt dat onderdeel ook eigendom van de eigenaar van het gebouw. Dat wordt voorkomen door een recht van opstal te vestigen. Daarmee komt/blijft de WKO het juridisch eigendom dus van de ESCo, maar zit het feitelijk nog steeds vast aan het gebouw.

In de rechtspraak wordt er heel wisselend geoordeeld over of iets een ‘onroerende aanhorigheid’ van een woning is of niet, zeker als het over verwarmingsinstallaties gaat. Een onroerende aanhorigheid is een bestanddeel, volgens de wet. Wanneer iets een bestanddeel is van iets anders kan worden bepaald aan de hand van 2 basiscriteria:

1. Een bestanddeel is iets dat dermate goed vastzit aan het andere voorwerp, dat losmaken niet meer kán zonder alles stuk te maken, en
2. Een bestanddeel is iets dat in de algemene praktijk/volgens maatschappelijke normen hóórt bij het andere voorwerp.

Oftewel, is het voorwerp niet compleet zonder het bestanddeel, dan horen ze bij elkaar. Dat de ESCo juridisch gezien eigenaar is van de WKO door middel van het recht van opstal, doet er voor de vaststelling of iets een bestanddeel is niet toe. Het gaat om de feitelijke bouwkundige verbinding tussen de WKO en het gebouw volgens het perspectief van de huurders, en niet om juridische



eigendomsrechten. De vaststelling dat een WKO een bestanddeel is of kan zijn van een gebouw (structureel) is dus absoluut niet nieuw en geen reden tot zorg voor de branche. Er wordt niet voor niets een recht van opstal gevestigd, juist om een eigendomsdiscussie te voorkomen. Sterker nog: de mobiele WKO die zonder moeite kan worden losgekoppeld van een gebouw en nog functioneel blijft, moet nog worden uitgevonden.

In het verleden is in de rechtspraak heel wisselend geoordeeld als het gaat om woningen en verwarmingsinstallaties, omdat bij een woning verschillende opties kunnen bestaan voor het leveren van warmte of koude. Als de woning meerdere opties heeft voor de levering van warmte en koude, dan is de (bestaande of beoogde) verwarmingsinstallatie niet persé een bestanddeel van de woning omdat je ook voor een andere installatie kan kiezen. Is de woning/het gebouw structureel afgestemd op de verwarmingsinstallatie (in dit geval de WKO) en zijn er geen andere opties voor het leveren van warmte en koude, dan is de verwarmingsinstallatie een onderdeel van het gebouw/de woning. De WKO is dan een bestanddeel, omdat de WKO niet losgemaakt kan worden van het gebouw zonder beide te beschadigen en beiden onbruikbaar te maken. Ook wordt een woning zonder (optie tot) warmtevoorziening gezien als 'incompleet'.

In deze casus was in ieder geval één van de woontorens op structureel niveau afgestemd op de WKO en was er geen ander alternatief voor warmte en koude. Daarom heeft het hof gezegd dat de WKO wel degelijk een onroerende aanhorigheid (bestanddeel) is in deze casus. Het is dus afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

CONCLUSIE VOOR DE (BODEM)ENERGIEBRANCHE

De vaststelling in deze casus dat de WKO een bestanddeel is van het gebouw is alleen maar relevant ten aanzien van de discussie over de huurprijs. Het huurrecht zegt immers dat kosten voor bestanddelen van een woonruimte niet mogen worden doorberekend door middel van een verhoging van de servicekosten maar in de kale huurprijs moeten zitten. Dus, als de WKO een bestanddeel is van een woonruimte, kan voor het onderhoud van de WKO alleen in de kale huurprijs kosten in rekening gebracht worden, en niet apart in de servicekosten. De fout hier ligt dus bij Acantus, die hier kennelijk niet genoeg van op de hoogte was toen zij besloot gratis warmte en koude aan te bieden in de eerste twee jaar in plaats van de onderhoudskosten voor de WKO op te nemen in de kale huurprijs van de appartementen.

Acantus is in dit geval zelf nalatig geweest door de contractvorming met de ESCo en de huurders niet op orde te hebben, en zelf grote risico's te nemen door leveringsovereenkomsten aan te gaan op haar eigen naam, en daardoor ook warmteleverancier te worden. Uiteraard spelen er nog veel meer aspecten, maar voor de (bodem)energiebranche is vooral bovenstaande conclusie relevant. Tevens blijkt duidelijk dat de contractvorming in een outsourcingtraject van groot belang is.

Dat betekent dat de Acantus casus voor de bodemenergiemarkt beperkte invloed heeft, omdat de kern van de uitspraak niet ziet op de eigendomsdiscussie maar op de huurrecht discussie. Alleen in uitzonderlijke gevallen waarin partijen zowel warmteleverancier en verhuurder zijn, kan de impact groot zijn. Dit kan echter worden ondervangen met de juiste keuzes in contractvorming en het naleven van het huurrecht.



HET BELANG VAN GOEDE CONTRACTVORMING

Zoals gezegd komt deze specifieke situatie zoals in de Acantus casus bijna nooit voor. De aannames die in de media en in ook in de beantwoording van de Kamervragen terugkomen, zijn niet compleet in onze optiek. Ja, een WKO is (meestal) een bestanddeel van een gebouw en nee, dat is geen nieuws voor onze branche. Zolang de contractvorming op orde en compleet is, wordt het risico van wat zich heeft voorgedaan in de Acantus casus voorkomen. De contractvorming bij outsourcing moet daarom in ieder geval bestaan uit:

1. een realisatieovereenkomst tussen ESCo en ontwikkelaar/belegger;
2. een exploitatieovereenkomst tussen ESCo en gebouweigenaar/VVE; (hier is de aansluitplicht opgenomen voor de toekomstige kopers/huurders en wordt ook verwezen naar het recht van opstal)
3. leveringsovereenkomsten tussen ESCo en afnemers (huurders, kopers van appartementsrechten);

Wanneer deze lijn wordt gevolgd, kan de overlap tussen de rol van verhuurder en warmteleverancier bijna niet ontstaan, tenzij je daar bewust voor kiest (wat Acantus eigenlijk heeft gedaan). De casus is dus héél erg specifiek, en levert niet een nieuwe algemene rechtsregel op dat een WKO altijd onderdeel is van een gebouw. Dat staat nergens.

De aanname dat het voor woningcorporaties nu niet meer financieel haalbaar is om hun woningen te verduurzamen door middel van een WKO, omdat zij de onderhoudskosten daarvan niet zouden kunnen verhalen op de huurders, is dus óók niet waar. Dat kan momenteel ook door de onderhoudskosten op te nemen in de kale huurprijs.

Daarnaast komt er in aanvulling op het huurrecht een vernieuwd Besluit Servicekosten aan. Het Besluit Servicekosten bepaalt welke kosten een verhuurder in rekening mag brengen bij huurders (als verdere uitwerking van het bepaalde in het huurrecht). Op dit moment mag dat dus niet voor bestanddelen van woningen. In het nieuwe besluit wordt opgenomen dat alle kosten voor de levering van warmte, koude en tapwater in rekening mogen worden gebracht bij de huurders in de servicekosten, zodat deze bepaling weer klopt met de bepaling uit de Warmtewet en de discussie over of een WKO een onroerende aanhorigheid is of niet, niet meer ter zake doet.

Als er dus op dit moment een (project)ontwikkeling gaande is waarbij de verhuurder ook de warmteleverancier is of wordt, dan is dit op te lossen door de verhuurder te adviseren de onderhoudskosten van de WKO op te laten nemen in de kale huurprijs (indien mogelijk).

Daarnaast gaat dit probleem zichzelf mogelijk oplossen met de invoering van het nieuwe Besluit Servicekosten. De uitleg die veel juristen geven aan deze Acantus casus zoals te lezen in verschillende opiniestukken, is heel juridisch en potentieel interessant, maar levert op basis van onze analyse niet de potentiële struikelblokken op die worden geschetst. Het is vooral een huurrecht-discussie en niet een eigendoms-/WKO discussie. Als de contractvorming goed wordt ingericht en bewuste keuzes worden gemaakt in de rolverdeling, is het risico dat bovenstaande zich voordoet nihil.

VRAGEN

Bovenstaande maakt duidelijk waar het Acantus arrest precies over gaat en wat nu precies de relevante vragen/gevolgen voor onze branche zijn. Als je meer vragen hierover hebt, neem dan contact op met de werkgroep Juridisch/Judith Alkema via juridisch@bodemenergie.nl.



BRONNEN

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2021:698>
(notitie van de Advocaat-Generaal van de Hoge Raad)

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2022:61>
(Acantus arrest)

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2020:2490>
(Acantus in hoger beroep)

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBNNE:2014:6888>
(uitspraak tussen Acantus en BTES inzake de leveringsovereenkomsten)

Namens het bestuur van Branchevereniging Bodemenergie
mr. Judith Alkema, verenigingsjurist