

# GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

---

 [uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument](https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument)



locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.178.514

(zaaknummer rechtbank Gelderland, locatie Zutphen 260488

arrest van 24 december 2019

in de zaak van

de stichting

Stichting De Teuge

gevestigd te Zwolle,

appellante,

in eerste aanleg: eiseres in de hoofdzaak,

hierna te noemen: de Stichting,

advocaat: mr. P.P.J.M. Bruens,

tegen:

de naamloze vennootschap

Vitens N.V.,

gevestigd te Zwolle,

geïntimeerde,

in eerste aanleg: gedaagde in de hoofdzaak,

hierna te noemen: Vitens,

advocaat: mr. J.M.H.W. Bindels (voorheen mr. M.R.J. Baneke).

## 1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

---

### 1.1

Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 1 mei 2018 hier over.

### 1.2

Het verdere verloop blijkt uit:

- het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 19 december 2018;
- de aantekeningen comparitie van mr. Bruens voornoemd;
- de notitie van mrs. Baneke voornoemd en J.M.H.W. Bindels.

### 1.3

Ter comparitie heeft de Stichting meegedeeld dat de procedure tegen de gemeente Zutphen – voor zover nodig – kan worden doorgehaald. Vervolgens heeft het hof in de procedure tussen de Stichting en Vitens arrest bepaald op het door de Stichting overgelegde procesdossier.

## 2 De vaststaande feiten

---

Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten.

### 2.1

De Stichting is op 19 december 2013 opgericht. Blijkens haar statuten heeft zij als doel:

“de belangen te behartigen van rechtspersonen en instellingen, aan wie één of meerdere onroerende zaken in eigendom toebehoren in de Zutphense wijk “De Teuge”, hierna ook te noemen: ”de bewoners”, en die schade hebben geleden of problemen ondervinden door of als gevolg van de in die wijk geïnstalleerde collectieve installatie voor warmte en koude opslag (WKO).”

### 2.2

De Stichting heeft van 119 bewoners/eigenaren van woningen die in het kader van het project De Teuge zijn gerealiseerd een volmacht verkregen om namens hen in rechte tegen Vitens op te treden, onder meer tot verkrijging van een verklaring voor recht en/of schadevergoeding, het nemen van rechtsmaatregelen die kunnen bijdragen aan verhaal op Vitens en het instellen van rechtsvorderingen met als doel het verkrijgen van een aansprakelijkheidsverklaring van Vitens.

### 2.3

In 2000 besloot de gemeente Zutphen om de energiearme wijk De Teuge te laten bouwen. Het project De Teuge (hierna: het project) zag op realisatie van 200 woningen, die van energie/warmte worden voorzien door middel van een collectieve warmte-/

koudeopslaginstallatie (hierna: WKO-installatie). Met de WKO-installatie wordt water aan de bodem onttrokken, dat vervolgens via centrale installaties en een distributieleidingnetwerk naar de verschillende woningen wordt getransporteerd. Elke woning is voorzien van een op het elektriciteitsnet aangesloten warmtepomp, die (aard)warmte aan het geleverde bronwater onttrekt om daarmee de woningen en de warmwaterboiler voor het tapwater voor wassen, douchen enzovoort (verder) te verwarmen.

## 2.4

In het kader van de ontwikkeling van het project heeft Brouwer Energie Consult B.V. (hierna: BEC) een haalbaarheidsonderzoek uitgevoerd. Op 8 juni 2001 heeft BEC haar rapport “Haalbaarheidsonderzoek warmtepompen voor nieuwbouwwijk ‘De Teuge’, Zutphen”, nummer 1B113, uitgebracht (hierna: het haalbaarheidsrapport). In dit rapport is de gemeente Zutphen als opdrachtgever vermeld. Verder houdt het haalbaarheidsrapport onder meer in:

### “ 1. Inleiding

(...) De woningen zullen worden voorzien van diverse energiebesparende maatregelen en duurzame energievormen. (...)

Kenmerkend voor dit installatie-concept is:

- warmtepomp met bronwater warmteonttrekking
- het lage primair energiegebruik
- de hoge duurzame energie-fractie.

## 2 Gegevens van het project

---

De woningtypen zijn zeer verschillend. Zo zijn er rijenwoningen, 2-onder-1 dakwoningen, geschakelde woningen, dwarskapwoningen, e.d. In het haalbaarheidsonderzoek voor de toepassing van warmtepompen in dit project zullen niet alle woningen apart worden berekend maar is een gemiddeld woningtype aangehouden. Voor de EPN-berekening is daartoe een referentiewoning uit de EPN voorbeeldenreeks gekozen. Op deze woning zijn de diverse maatregelen ingebracht, t.w.:

- zongeoriënteerd bouwen m.b.t. de stedenbouwkundige indeling en situering van de woningen
- zeer goede isolatie- en kierdichting-voorzieningen
- hoog rendement warmteterugwinning
- individuele warmtepomp met koelvoorziening

- zonneboiler
- PV panelen

Hoewel in eerste instantie wordt uitgegaan van alle genoemde voorzieningen in alle typen woningen zullen toch per projectontwikkelaar op basis van kosten en baten keuzes worden gemaakt. Dit kan ook voorkomen door de gefaseerde invulling, (...). Door de benodigde centrale voorzieningen wordt echter voor het gehele project de warmtepomp-optie voorgesteld. Ook nu is bij de simulatieberekening en de haalbaarheidstudie uitgegaan van een gemiddelde woning met een laag energieverbruik, waarbij echter niet alle energiebesparende voorzieningen als wellicht gewenst zijn opgenomen.

De installatietechnische energiebesparende maatregelen die worden opgenomen zijn naast warmteterugwinning op de ventilatielucht: het monovalent toepassen van een elektrische waterpomp voor zowel ruimteverwarming gekoppeld aan een laag temperatuursysteem (vloerverwarming) als voor tapwaterverwarming met behulp van een de-heating wisselaar. Het koude tapwater wordt voorverwarmd door een zonneboiler. De warmtepomp-installatie onttrekt de warmte aan het bronwater. Met bronwater wordt 's zomers koeling toegepast in de woning.

Door alle energiebesparende voorzieningen tesamen is de EPC verlaagd van 0,98 naar 0,34.

De maximale verwarmingsbehoefte voor de waterpomp is aangehouden op 4,5 kW.

De aanvoer- en retourtemperaturen zijn 45°C en 35°C.

De warmteterugwinning met gelijkstroommotor heeft een rendement van 90%.

De zonneboiler heeft een collectoroppervlak van 2,73 m<sup>2</sup>.

Het PV systeem voor de netgekoppelde elektriciteitsopwekking heeft een paneel oppervlak met amorfe cellen van 37 m<sup>2</sup>.

(...)

## 5. Analyse van de resultaten

In het geval dat het tekort aan warmtelevering van de warmtepomp en de zonneboiler (dat zeer gering is) niet of minder door de elektrische bijverwarming wordt gedekt (monovalent systeem), ontstaat een geringe negatieve invloed op de behaaglijkheid in de woning en op het warmtapwatercomfort.

De koelfunctie van de warmwaterpompinstallatie uit bronwater is niet in deze analyse meegenomen. Een bijbehorend voordeel en ook essentieel onderdeel van de installaties is dat de zomerwarmte uit de woningen weer in het bronwater worden teruggevoerd, zodat enige regeneratie van de bodem ook plaatsvindt.

De duurzame energiefractie bij toepassing van de warmtepomp bedraagt bijna 88%.

Bij de energiekosten is uitgegaan van de actuele (2001) energieprijzen. De kosten-batenverhouding is uit te drukken in een eenvoudige terugbetaalperiode, investeringskosten gedeeld door de besparing op de verwarmingskosten. Zonder subsidies is deze meer dan 20 jaar. In een werkelijke kosten-baten berekening behoren subsidies, jaarlijkse energieprijsstijgingen, renteverlies en de inflatie te worden meegenomen. In deze studie wordt volstaan met de bepaling van de kosten-baten bepaling inclusief subsidies, (...). De koelfunctie van de warmtepomp-installatie is ook hier buiten beschouwing gelaten.

Voor de elektriciteitsbehoefte van de circulatiepompen is een indicatieve waarde aangehouden.

(...)

Vanuit de zonneboiler vindt 's zomers eveneens enige regeneratie van de bodemtemperatuur plaats. (...)

## 6 Beschrijving en principeschema van de installatie

---

(...)

### Warmtepomp

De ruimteverwarming geschiedt monovalent d.m.v. een warmtepomp van H&Ftechnics. Deze heeft voor verwarming een nominaal thermisch vermogen van 5 kW.

(...)

Door middel van een de-heating wisselaar wordt restwarmte van de warmtepomp benut voor tapwaterverwarming tot een temperatuur van 60°C.

Dit type waterpomp met een grotere capaciteit is eerder toegepast in ander gebouwen.

(...)

### Warmteopslag

De warmteopslag aan de warme zijde van de warmtepomp heeft een inhoud van 500 liter. De warmteopslag dient te zijn voorzien van een zeer goede warmte-isolatie. (...)

### Bronwater warmteonttrekking

Het bronsysteem is voor 200 woningen en bestaat uit een winput tot ca. 50 m, een infiltratieput, een besturing, een dubbel leidingnet en aansluitingen naar de woning.

### Naverwarming

De naverwarming is optioneel. (...)

## Lage temperatuursysteem

Het lage temperatuursysteem voor de vloerverwarming (basisverwarming en weersafhankelijk geregeld) heeft een aanvoer/retour temperatuur van 45/35°C. (...)

## 7 Kosten – baten en subsidietraject

---

MEERKOSTEN WARMTEPOMP-INSTALLATIE voor een gemiddelde woning

(...)

De totale meerkosten worden derhalve geraamd op, incl BTW per woning Fl. 15.150,-.

(...)

## 8. Conclusies en aanbevelingen

---

1. De besparing op primaire energie van de warmtepomp-zonneboiler installatie voor de gemiddelde woning bedraagt ongeveer 700 m<sup>3</sup> aardgasequivalent, dit is ca. de helft van de referentiesituatie zonder warmtepomp en zonneboiler.

---

2. Zonder subsidies is de warmtepomp-zonneboiler installatie niet economisch rendabel. Met de aangegeven subsidies (ca. 60% van de meerinvestering) is de warmtepomp-zonneboiler installatie wel economisch aantrekkelijk.

---

3. In het vervolgtraject zal de uitvoering en de dimensionering van de installatie specifiek per woningtype worden vastgesteld, d.w.z. al of niet een zonneboiler, warmtepompcapaciteit, koeling. (...)"

---

### 2.5

Op 25 februari 2002 heeft de gemeenteraad van de gemeente Zutphen ingestemd met het voorstel van Burgemeester en Wethouders van 31 januari 2002 om met Waterbedrijf Gelderland een convenant te sluiten betreffende de toepassing van aardwarmte in het plangebied De Teuge. In de toelichting op het voorstel is onder andere vermeld:

“Op 28 augustus jl. heeft het college van burgemeester en wethouders een besluit genomen om de toepassing van duurzame energiemaatregelen in plangebied De Teuge mogelijk te maken, door middel van het sluiten van een convenant met betrokken

partijen, zijnde de realisatoren en het Waterbedrijf Gelderland. De maatregelen betreffen de toepassing van aardwarmte door middel van een individueel warmtepompsysteem en de toepassing van zonne-energie door middel van een zonneboiler en een PV-installatie (...).

In de tussentijd hebben zich een aantal problemen voorgedaan, die noodzaken tot een andere aanpak. Ten eerste is gebleken, dat Waterbedrijf Gelderland een tekort aan expertise in huis heeft, zodat het bedrijf een adviesbureau (BAM Energy Systems) heeft ingeschakeld, dat de projectcoördinatie en engineering van het aardwarmtesysteem voor zijn rekening neemt. Ook blijken meer winputten nodig, dan in eerste instantie verwacht. Deze kostenverhogende factoren en het feit, dat Novem niet voor het eind van het jaar een beslissing zal nemen omtrent de subsidieaanvraag, die de gemeenten Zutphen voor de warmtepompen heeft ingediend, heeft de realisatoren doen besluiten om alleen in te stemmen met een gezamenlijke toepassing van het aardwarmtesysteem. Zij zijn van mening dat het totaalpakket aan duurzame energiemaatregelen te duur is geworden en laten voorzieningen als een zonneboiler en een PV-installatie achterwege. Deze voorzieningen worden derhalve optioneel. Daar komt nog bij dat nader onderzoek moet worden verricht naar de meest gunstige subsidievoorwaarden voor deze voorzieningen. (...) Ten tweede heeft de projectvoorbereiding meer tijd gekost dan verwacht en aangezien verder uitstel van bouwrijp maken en de aanleg van het leidingnet voor het aardwarmtesysteem ongewenst is, is ervoor gekozen om zonneboiler en PV-installatie los te koppelen van het aardwarmtesysteem. (...)

#### Advies

Gelet op het voorgaande wordt de volgende constructie geadviseerd. De gemeente sluit een convenant met het Waterbedrijf Gelderland. In het convenant wordt de exploitatie en het beheer van het aardwarmtesysteem geregeld, de kosten van de warmtelevering door Waterbedrijf Gelderland aan de individuele woningen, alsmede de aansprakelijkheid voor het falen van het aardwarmtesysteem. Uitgangspunt hierbij is dat alle woningen in het plangebied De Teuge worden voorzien van een warmtepompinstallatie. De te bouwen woningen worden in principe niet aangesloten op het gasnet. Er wordt wel een hoofdleidingennet aangelegd, opdat achteraf een aansluiting kan worden gerealiseerd, indien blijkt dat het aardwarmte-systeem faalt. (...)

In de met de realisatoren te sluiten grondovereenkomst, wordt een eisenpakket van bouwkundige en installatietechnische maatregelen opgenomen, waaronder de bepaling, dat de realisator een warmtepompinstallatie dient aan te brengen en de woning dient te voorzien van een Lage Temperatuur Verwarmingssysteem. Waterbedrijf Gelderland bepaalt uiteindelijk welk type en merk warmtepomp moet worden toegepast. (...)

Het convenant is bijgevoegd.”

## 2.6

Op 12 maart 2002 heeft de Gemeente Zutphen met Waterbedrijf Gelderland het “Convenant duurzame energie Zutphen – De Teuge” (hierna: het Convenant) gesloten. Het Convenant houdt in, voor zover van belang:

“Overwegende:

(...)

f. dat partijen kennis hebben genomen van de haalbaarheidsstudie warmtepompen voor nieuwbouwwijk De Teuge, (...), van Brouwer Energie Consult B.V. nr 1B113 d.d. 8 juni 2001, en de kostenraming van de toe te passen voorzieningen (warmtebron, lagetemperatuur-verwarmingsstelsel en eventueel zonneboiler) alsmede de energieopbrengsten van de duurzame energiemaatregelen (bij brief van Waterbedrijf Gelderland, kenmerk Hse 44595 d.d. 10 oktober 2001);

g. dat als aanbeveling uit de genoemde haalbaarheidsstudie naar voren is gekomen: toepassing van grondwarmte met een warmtepompsysteem;

(...)

i. dat Waterbedrijf Gelderland onder de in dit convenant uit te werken voorwaarden in staat en bereid is het genoemde collectieve systeem voor ruimteverwarming te leveren, aan te leggen en te exploiteren;

j. dat (...) Aannemingsmaatschappij BAM B.V. (...) in opdracht van Waterbedrijf Gelderland met betrekking tot de levering en aanleg van het totale collectieve systeem voor ruimteverwarming (dat wil zeggen vanaf de bron tot de woninginstallaties) de engineering en de controle op de uitvoering zal verzorgen;

(...)

verklaren te zijn overeengekomen:

## Artikel 1 – Verplichtingen Waterbedrijf Gelderland

### 1.1

Ten behoeve van de warmtevoorziening voor de circa 200 woningen in het plan De Teuge worden door c.q. onder verantwoordelijkheid van Waterbedrijf Gelderland de centrale installaties en een warmtedistributieleidingnet met bijbehoren ontworpen en aangelegd, terwijl Waterbedrijf Gelderland tevens zorgdraagt voor de controle op zowel het ontwerp alsook de uitvoering (maar dus niet de uitvoering zelf) van de installaties in de woningen. Een en ander met hantering door Waterbedrijf Gelderland van haar gebruikelijke Algemene Voorwaarden Drinkwater 1994 en Aansluitvoorwaarden Drinkwater 1994. (...) Het collectieve systeem van ruimteverwarming in het plan De Teuge geschiedt door middel van warmtepompen, waarbij warmte onttrokken wordt aan het grondwater, een en ander zoals beschreven in de uitgevoerde haalbaarheidsstudie. (...)



## 1.2

Waterbedrijf Gelderland is eigenares van de voornoemde voorzieningen, deeluitmakend van het collectieve systeem (dat wil zeggen de centrale installaties alsmede het leidingnet tot en met het punt van de hoofdafsluiters in de woningen) en draagt zorg voor het beheer en het onderhoud daarvan. Zij draagt er bovendien zorg voor dat de bedoelde voorzieningen steeds in goede staat van onderhoud verkeren en aan hun bestemming kunnen voldoen.

## 1.4

Zodra de centrale installaties en warmtedistributieleidingnet met toebehoren zijn aangelegd (door c.q. onder verantwoordelijkheid van Waterbedrijf Gelderland) alsmede de installaties in de woningen zijn aangelegd, draagt Waterbedrijf Gelderland zorg voor de aansluiting van de woningen in het plan De Teuge op het leidingnet, (...)

## 1.5

Door de aansluiting van de woningen op het leidingnet en de ingebruikname van het collectieve systeem worden de warmtepompen in de afzonderlijke woningen doorstroomd met door Waterbedrijf Gelderland aan te leveren water. Dit water dient te voldoen aan een aantal voorwaarden, onder andere op het gebied van kwaliteit. Deze voorwaarden zijn uitgewerkt in een aan dit convenant gehechte bijlage (bijlage 2).

## 1.6

Na de aanleg en de aansluiting van het collectieve systeem voor ruimteverwarming draagt Waterbedrijf Gelderland zorg voor de exploitatie van dit systeem, waartoe zij de waterpompinstallaties in de aangesloten woningen in het plan De Teuge water aanbiedt, dat voldoet aan de in bijlage 2 neergelegde voorwaarden.

## 1.7

Waterbedrijf Gelderland hanteert in haar relatie tot de bewoners van de woningen in het plan De Teuge haar eigen Algemene Voorwaarden Drinkwater 1994 en Aansluitvoorwaarden Drinkwater 1994 (...). In deze voorwaarden zijn onder anderen nader uitgewerkt de aansprakelijkheid jegens gebruikers voor eventuele schade bij toerekenbare tekortkomingen, een regeling voor calamiteiten, wijze van betaling etcetera.

## Artikel 2 – Verplichtingen Gemeente

### 2.1

De Gemeente draagt er zorg voor dat alle circa 200 woningen in het plan De Teuge door de betrokken projectontwikkelaars/aannemers worden opgeleverd met de voorzieningen die voor het collectieve systeem voor ruimteverwarming noodzakelijk zijn.

(...)

### 2.6

De woningen van het plan De Teuge worden niet aangesloten op het gasnet. Wel wordt

er een hoofdleidingnet aangelegd. De kosten van aanleg van het hoofdleidingnet van ca. € 275 per woning worden in de grondprijs van de bouwgrond verdisconteerd.

(...)

#### Artikel 4 Duur en beëindiging

Dit convenant treedt in werking op de datum van ondertekening en kent een looptijd van 30 jaar. Eenzijdige tussentijdse opzegging van het convenant door een van partijen is niet mogelijk. (...)"

#### 2.7

De aan het convenant gehechte "Bijlage 2: Aansluit- en leveringsvoorwaarden" houdt onder meer in:

##### " Algemene inleiding

Een aardwarmtesysteem is alleen haalbaar indien er een maximale inspanning wordt geleverd om de warmtevraag vanuit de wooneenheden te minimaliseren. Slechts dan is het mogelijk om over te stappen naar LTV (Laag Temperatuur Verwarming). LTV is wederom een voorwaarde om warmtepompen efficiënt in te kunnen zetten. En alleen met warmtepompen is het mogelijk een aquifer te exploiteren.

Voorwaarde van de provincie om een vergunning te verlenen voor een aquifersysteem is dat de bronnen jaarlijks energieneutraal dienen te worden bedreven. Met andere woorden, de warmte die aan de bodem wordt onttrokken moet ook weer worden geïnjecteerd. Hetgeen betekent dat regeneratie van de bronnen noodzakelijk is.(...)

Het aanbieden van koeling in de woning levert een belangrijke bijdrage aan de regeneratie van de bronnen en resulteert in een kleiner en dus kosteneffectiever extern regeneratiesysteem. Bovendien wordt door koeling het wooncomfort verhoogd in een goed geïsoleerde woning. \

(...)

#### Aansluitvoorwaarden

##### Voorwaarden warmtepomp

De warmtepomp dient het woonhuis te voorzien van ruimteverwarming en warm tapwater. Om in warm tapwater te kunnen voorzien is de warmtepomp gekoppeld aan een boilervat. Het geheel wordt aangeduid als een combi warmtepomp.

(...)

4. Alle woonheden in het project (fase 1 en 2) moeten worden voorzien van een warmtepomp van hetzelfde merk en type.

5. De selectie van het merk en type valt onder de verantwoordelijkheid van WG (BAM Energy Systems).

Het LTV-systeem

Het LTV-systeem dient geschikt te zijn voor verwarming en koeling van de wooneenheid. Als basis installatie wordt uitgegaan van:

- vloerverwarming op de begane grond en badkamer
- en fan coil units in de slaapkamers.

De basisinstallatie dient als uitgangspunt bij de selectie en ontwerp.

(...)

2. Het vermogen van het afgiftesysteem dient zodanig gedimensioneerd te zijn dat de thermische behaaglijkheid in de verschillende ruimten gewaarborgd is, door het raadplegen van de eisen zoals gesteld in het Bouwbesluit en het G.I.W.;

(...)

Bedrijfsvoering

Kenmerkend voor vloerverwarming is de langere reactietijd. Door dit tragere thermische karakter van vloerverwarming enerzijds en anderzijds door het hoge isolatieniveau van de wooneenheid zal het toepassen van nachtverlaging weinig effect hebben op de binnentemperatuur. Door geen nachtverlaging toe te passen hoeft de woning niet te worden opgewarmd en zal het maximaal vermogen zelden nodig zijn. (...)"

2.8

Bij beschikking van Gedeputeerde Staten van de provincie Gelderland van 8 mei 2003 is aan Vitens vergunning verleend voor, kort gezegd, het onttrekken en infiltreren van grondwater voor de toepassing van koude-/warmteopslag ten behoeve van het koelen en verwarmen van woningen en leveren van tapwater in De Teuge. Aan de vergunning is onder andere het voorschrift verbonden dat de bedrijfsvoering zodanig is dat er gemiddeld over vijf jaar geen surplus aan warmte of koude in de bodem wordt gebracht.

2.9

De woningen in het project De Teuge zijn in twee fasen gebouwd. De eerste fase, Teuge I, bestaat uit 113 woningen en is in 2004 opgeleverd. De tweede fase van het project, De Teuge II, is in 2007 opgeleverd en telt 74 in plaats van de oorspronkelijke geplande 87 woningen.

2.10

Door middel van een kettingbeding zijn de eigenaren/bewoners van de woningen in de Teuge I en De Teuge II verplicht om met Vitens een overeenkomst te sluiten om te

worden aangesloten en aangesloten te blijven op het WKO-systeem, alsmede om die verplichting bij overdracht van de woning op te leggen aan de opvolgende eigenaren, op straffe van een aan Vitens te betalen schadevergoeding van € 10.000,- respectievelijk € 25.000,-.

#### 2.11

Bij telefax van 1 april 2003 heeft Vitens ( [de projectmanager] , projectmanager) de Gezamenlijke Zutphense Bouwers (GZB) geïnformeerd over “de kosten voor verwarming en koeling voor de bewoners De Teuge.” Vitens ( [de projectmanager] ) heeft dit bericht bij telefax van 22 april 2003 aan de gemeente Zutphen gestuurd onder bijvoeging van een kopie van “onze folder”. In deze folder “Aardwarmte in De Teuge in Zutphen” wordt onder andere vermeld:

“(…)

De aardwarmte wordt door Vitens (...) gewonnen uit grondwater van circa 40 meter diepte. Dit water wordt opgepompt en naar de 200 woningen in De Teuge gedistribueerd. In de woning wordt door een warmtepomp warmte aan het water onttrokken. Deze warmte wordt vervolgens door een aangepast centraal verwarmingssysteem aan de diverse vertrekken en aan de aardwarmte boiler geleverd. 's Zomers wordt het systeem gebruikt voor koeling van de woning. (...)

#### Duurzame energievoorziening

(...) Maandelijks wordt door Vitens voor de voorziening een vast bedrag in rekening gebracht waarbij het warmte- of koelinggebruik niet telt omdat het gebruik van de warmtepomp of de koeling vrijwel geen invloed heeft op de bedrijfsvoering. (...)

#### 2.12

Naar aanleiding van “punt 7 leermomenten” in een door de heer [ambtenaar 1] van de gemeente Zutphen opgesteld verslag van een bespreking tussen Vitens en de gemeente Zutphen op 16 juni 2004 heeft Vitens ( [de projectmanager] ) bij e-mail van 6 juli 2004 aan de gemeente Zutphen ( [ambtenaar 1] ) onder meer opgemerkt:

“(…)

2 De koeling als meerwaarde benadrukken zodat er geen negatieve sfeer rond aardwarmte komt. (...)

#### 2.13

In een document van de hand van [de projectmanager] op papier met het briefhoofd van Vitens van 12 april 2005 is onder meer vermeld:

“De aansluitgegevens van het aardwarmte systeem in de wijk de Teuge te Zutphen.

In de straten ligt een dubbel leidingsysteem.

(...)

Er wordt geen warmtemeter geplaatst omdat Vitens alleen voor de aansluiting een maandelijkse bijdrage vraagt.

Het water kan zowel voor verwarming als voor koeling worden gebruikt.

Omdat in de rest van de wijk reeds 111 warmtepompen van Inventum zijn geplaatst wordt door Vitens sterk de voorkeur gegeven aan toepassen van dit fabrikaat omdat er dan geen afstemmingsproblemen kunnen ontstaan. Zowel de verwarming als de koeling wordt dan op dezelfde wijze uitgevoerd.

Ontwerptemperaturen van het watercircuit in gr C:

Winter Zomer

Aanvoer 9,5 12

Retour 4,0 14

Kosten worden geïndexeerd volgens CBS:

Prijsniveau 2005 incl BTW

(...)

Maandelijkse bijdrage voor gebruik. € 50,40

(...)"

2.14

Bij brief van 9 december 2005 heeft Vitens (Watertechnologie, de heer [de projectmanager] , projectmanager) aan onder meer de heer [bewoner 10] en de heer en mevrouw [bewoner 9] bericht, voor zover van belang:

“Op verzoek van de gem. Zutphen stuur ik u een kopie van de contractstukken voor de aansluiting op het aardwarmtenet Zutphen De Teuge.

Het contract tussen de bewoner en de eigenaar van het aardwarmtenet is opgebouwd uit meerdere stukken.

- Grondakte

De toekomstige grondakte van uw kavel verklaart dat aansluiting van de woning op het aardwarmtenet verplicht is en dat daarvoor een convenant geldt tussen de Gem. Zutphen en Vitens (...)

- Convenant

In het convenant staan de rechten en plichten van de Vitens en de Gemeente Zutphen. Doordat de gemeente dit convenant bindend verklaart in de grondakte is ook de grondeigenaar aan het convenant gebonden.

(...)

- brief 10 okt. 2001

In de brief van 10 okt. wordt op de derde pag. (...) het maandbedrag genoemd van € 45,- incl. BTW. Deze kosten gelden vanaf het moment dat de woning op het leidingnet is aangesloten. Genoemde kosten zijn prijspeil 2001.

- CBS prijsindex

(...)

Voorts staan in het convenant ook bijlagen genoemd welke handelen over technische zaken als de aansluitleidingen en de waterkwaliteit. Deze bijlagen beschrijven de rechten en plichten zoals die ook voor een drinkwaterleiding van Vitens gelden. (...) Mocht u een exemplaar daarvan willen ontvangen dan kunt u dat aan mij dorgeven.

Hopelijk hebt u hiermee een compleet beeld van de rechten en plichten voor het aardwarmte systeem De Teuge. (...)"

Als bijlagen bij deze brief zijn gevoegd het Convenant en de brief van Waterbedrijf Gelderland aan de gemeente Zutphen van 10 oktober 2001, kenmerk Hse 44595 (memorie van grieven, productie 10), waarin informatie wordt verstrekt over het aan te leggen aardwarmtesysteem voor 200 woningen en wordt opgemerkt dat het risico van het op termijn niet functioneren van het systeem bij een verzekeraar moet worden ondergebracht.

Eveneens op 9 december 2005 heeft Vitens (de heer [de projectmanager] ) aan de gemeente Zutphen een brief gestuurd met dezelfde inhoud als de hiervoor geciteerde brief aan [bewoner 10] en [bewoner 9] . Aan de voet van de brief aan de gemeente Zutphen is vermeld:

“Deze info alleen aan gem Zutphen:

en lijst aspirant kopers, [bewoner 9] , [bewoner 12] , [bewoner 13] , [bewoner 10] , [bewoner 14] .”

2.15

Na de oplevering van zowel De Teuge I als De Teuge II kregen diverse bewoners problemen met de warmtepomp in hun woning: er traden storingen op, warmtepompen gingen kapot, hun woning werd niet behaaglijk verwarmd of er was geen warm tapwater beschikbaar.

2.16

Naar aanleiding van heroverweging van haar keuze tot verbreding van haar activiteiten met als uitkomst dat Vitens zich zal richten op haar kernactiviteit, het leveren van drinkwater, waartoe niet “het leveren van warmte en koude” behoort, heeft Vitens aan IF Technology B.V. (hierna: IFT) opdracht gegeven advies uit te brengen. Op 24 januari 2006 heeft IFT op papier met het briefhoofd van Vitens het advies “Bronwarmtesysteem De Teuge te Zutphen” met als subtitel “Systeemomschrijving” (hierna: het advies Systeemomschrijving) uitgebracht. Dit advies houdt onder meer in:

## “1. Inleiding

[Vitens] heeft in Zutphen een project gerealiseerd, waarbij op een duurzame manier bronwarmte en –koude wordt geleverd aan woningen in de woonwijk ‘De Teuge’. Dit project is gerealiseerd in het kader van de verbreding van de activiteiten van Vitens. (...) Eén van de producten die daaruit is ontstaan is de levering van koude en warmte uit grondwater.

(...)

Deze systeemomschrijving omvat achtergrondinformatie betreffende het project en randvoorwaarden voor de warmte- en koudelevering. In dit document wordt onder andere beschreven uit welke onderdelen het systeem bestaat. Het betreft hierbij de technische afbakening van de installatie, een overzicht van het aantal aansluitingen, de tarieven en de voorwaarden. (...) Aan de hand van deze informatie zal een aanbieder in staat zijn om een eenduidige en goed onderbouwde aanbieding op te stellen voor overname van de energiesystemen.

## 2.2

### Systeemconcept

(...) Het principe kan beschreven worden aan de hand van twee bedrijfssituaties, te weten: warmte- en koudelevering.

### Warmtelevering

Bij warmtelevering wordt door middel van onttrekkingsbronnen grondwater onttrokken aan de bodem. In een centrale technische ruimte wordt de bronwarmte door middel van een warmtewisselaar onttrokken aan het grondwater en overgedragen aan het distributienet, waarna het afgekoelde grondwater weer door middel van de infiltratiebronnen aan de bodem wordt toegevoerd. Via het distributienet wordt de warmte gedistribueerd naar de woningen. Elke woning is voorzien van een combi-waterpomp, die de laagwaardige warmte omzet in hoogwaardige warmte waarmee de woning verwarmd wordt en waarmee tapwater wordt (voor)verwarmd.

### Koudelevering

In de zomer kunnen de aangesloten woningen worden gekoeld door het water uit het distributienet rechtstreeks door het warmte afgiftesysteem van de woning te laten

circuleren. De warmte afkomstig uit de woningen wordt vervolgens door middel van de warmtewisselaar in de centrale technische ruimte overgedragen aan het grondwatersysteem. Middels de infiltratiebronnen wordt de warmte weer aan de bodem toegevoerd.

## Energiebalans

Om te voorkomen dat de bodem op termijn gaat afkoelen is het van belang dat op jaarbasis gemiddeld dezelfde hoeveelheid warmte aan de bodem wordt toegevoerd als dat eraan wordt onttrokken (energiebalans). (...)

Door het leveren van koeling in de zomer wordt een gedeelte van de onttrokken warmte in de winter weer aan de bodem toegevoerd. Voor het verkrijgen van een energiebalans wordt in de zomer aanvullend warmte aan de bodem toegevoerd door middel van een regeneratiesysteem. (...)

### 2.3

#### Fasering en moment van overdracht

(...) In de eindsituatie bestaat de woonwijk uit 187 woningen, die allemaal aangesloten zijn op de warmtevoorziening.(...)

### 2.4

#### Demarcatie

De leveringsgrens bevindt zich binnen de woningen direct na de kogelkranen van de aanvoer- en retourleidingen. De individueel opgestelde warmtepompinstallaties behoren niet tot de centrale warmtevoorziening. (...)"

### 2.17

Ter beantwoording van aanvullende vragen met betrekking tot de geconstateerde energetische onbalans van het koude-/warmteopslagsysteem van de uit een tenderprocedure naar voren gekomen gegadigde voor overname van het WKO-systeem van Vitens heeft IFT in opdracht van Vitens op 3 augustus 2009 het rapport "De Teuge te Zutphen, Onderzoek energiebalans" uitgebracht. In dat rapport wordt het systeemconcept op dezelfde wijze beschreven als in het advies Systeemomschrijving.

### 2.18

Het College van B&W van Zutphen heeft aan de gemeenteraad van de gemeente Zutphen in een memo van 16 oktober 2010 de gang van zaken met betrekking tot problemen met het WKO-systeem, een mogelijke oplossing en het vervolg weergegeven. Het memo houdt onder meer in:

#### "Inleiding

(...)

In het begin waren er klachten over geluidsoverlast en de bediening van het systeem.



BAM systems die als onderaannemer van Vitens het systeem tot aan de woningen beheert, heeft de klachten wat betreft de woningen in fase I grotendeels verholpen. In 2007 werd voor het eerst melding gemaakt van een hoog energieverbruik. (...)

In 2009 maakt Vitens melding van het voornemen tot verkoop van het systeem. Deze verkoop is niet doorgezet omdat bleek dat het systeem in onbalans was. (...) De woningen leveren in de zomer minder energie aan het systeem omdat zij minder koelen dan voorzien en de woningen in de Teuge 2 verbruiken in de winter meer energie dan was berekend.

In mei 2009 maakt de kopersvereniging De Teuge 2 kenbaar dat zij problemen heeft met de energievoorziening in de woning. Het energieverbruik is veel hoger dan eerder werd aangegeven en er zijn klachten over het comfort en geluidsoverlast. (...)

#### Technische en juridische complexiteit

De situatie is zeer complex. In het algemeen geldt dat de invloed van het eigen gedrag op het energieverbruik groot is en moeilijk te onderscheiden van het functioneren van de installatie in de woning. Daarbij was het niet duidelijk wat oorzaak was of oorzaken waren. (...) In fase 2 zijn bovendien verschillende warmtepompen en afgifte systemen toegepast. (...)

#### Onderzoek klachten

(...) De bewonersvereniging heeft inzage gekregen in alle relevante stukken. In dit gesprek wordt tevens de toezegging gedaan om samen met Vitens opdracht te geven voor een quick-scan om de problemen in kaart te brengen en mogelijke oplossingen in beeld te brengen. Vitens en de gemeente Zutphen geven IF-technology opdracht voor dit onderzoek die voor het bouwkundig onderzoek DGMR inschakelt. Inmiddels is het onderzoek afgerond. Daarnaast heeft de gemeente warmtescans laten maken om een beeld te krijgen van de isolatiewaarde van de 'schil' van de woning.

(...)

Naar aanleiding van de bevindingen in het onderzoek van IF-technology en DGMR (...) kunnen een aantal conclusies worden getrokken. De belangrijkste zijn, zonder al te veel in technische details te vervallen:

#### Verbruik:

- De warmtevraag is groter dan in het ontwerp is voorzien;

(...)

- De warmtevraag van het WKO systeem in het geheel van fase I voldeed aan de ontwerppuntgangspunten tot de bouw van Teuge 2;

#### Ontwerp:

(...)

- In de detaillering van de woningen zijn zaken aangetroffen die verbetering behoeven. De EPC (Energie Prestatie Coëfficiënt) waarde van de woningen wijken niet in die mate af van wat in de bouwvergunning is opgenomen dat de oorzaak van de problemen hierin gezocht moeten worden. Hierbij moet de aantekening gemaakt worden dat de EPC een theoretische waarde is waarbij fabrieksgegevens van de toegepaste materialen en installaties maatgevend zijn maar niet de werking in praktijk. Met de EPC normen wordt niet het werkelijke energieverbruik berekend en de EPC berekening is geen methode om de meterstanden voor gas en elektriciteit te voorspellen.

Installatie:

- Het type warmtepomp dat is toegepast in de woningen van Reinbouw is en is niet zonder meer geschikt voor toepassing in de Teuge en levert in de praktijk te weinig rendement;

(...)

- De warmtepompen pendelen wat betekent dat deze te vaak uit en aan gaan;  
- Het comfort laat te wensen over en het geluidsniveau ligt te hoog;

Gebruik

(...)

De warmtescans hebben enkele onvolkomenheden in de detaillering aangetoond maar geven ook aan dat de oorzaak voor de problemen niet in de isolatie van de buitenwanden c.q. 'schil van de woning' gezocht moet worden.

Juridisch advies

(...)

Vitens heeft de door Reinbouw aangedragen warmtepomp geaccepteerd. Vitens heeft de gemeente destijds niet op de hoogte gebracht van de correspondentie tussen Vitens en Reinbouw. (...) De gemeente heeft de ontwerpverantwoordelijkheid en het toezicht in redelijkheid, en vanuit de opzet van de concessieovereenkomst, kunnen overlaten aan een deskundige partij, namelijk Vitens. (...)

Oplossingsrichting

Op bestuurlijk niveau heeft met Vitens een gesprek plaatsgevonden waarin Vitens is gewezen op haar verantwoordelijkheid. In dit gesprek heeft Vitens aangegeven het project tot een goed einde te willen brengen en heeft een herstelplan opgesteld. Zij heeft hiervoor gespecialiseerde bedrijven ingehuurd, de ontwerper van het systeem, IF technology en Cofely. (...)

Een herstelplan kan op korte termijn worden uitgevoerd bij enkele woningen en dan kunnen ook snel de eerste resultaten bekend worden.

Er zijn echter vanuit de gemeente en de kopersvereniging vragen gerezen over het herstelplan.

In een tweede gesprek heeft Vitens aangegeven dat zij niet alleen het herstelplan wil uitvoeren. De gemeente heeft Vitens gevraagd om herstelplan zodanig aan te passen dat er uitzicht is op een oplossing voor de gehele wijk. Vitens heeft toegezegd het herstelplan aan te passen.

Het vervolg

Om een patstelling te voorkomen is de gemeente bereid om het initiatief te nemen om op korte termijn alle relevante partijen bij elkaar te brengen met het doel om tot een herstelplan te komen. De basis voor dit gesprek vormt het herstelplan dat door Vitens op dit moment verder wordt uitgewerkt. (...)"

2.19

Vanaf november 2010 heeft Vitens in De Teuge warmte mede geleverd met behulp van een conventionele op diesel gestookte installatie. Vanaf december 2011 heeft zij de warmte geheel geleverd met behulp van een conventionele installatie, die aanvankelijk op diesel en later op gas werd gestookt.

2.20

Op 20 april 2011 heeft TNO in opdracht van de gemeente Zutphen het rapport "Problemen warmtepompsysteem De Teuge te Zutphen – 1e fase eindconcept" uitgebracht. Dit rapport houdt onder meer in:

"(...)

1 Inleiding

(...) De werkzaamheden worden in fasen uitgevoerd.

Bij handhaving van de huidige installaties is het vereist dat de gehele keten van WKO via warmteafgifte tot de bouwkundige schil geen zwakke schakels bevat. Daarom is afgesproken om in de eerste fase via gesprekken met Vitens, BAM en de leveranciers van de warmtepompen te achterhalen wat hun ervaringen en problemen zijn en welke oplossingen daarvoor mogelijk zijn. Hiermee kan worden vastgesteld of aan de kant van de warmtelevering een goed functionerend systeem haalbaar is. (...)

## 2 Achtergrond

---

In de woonwijk "De Teuge" te Zutphen zijn in twee fases in totaal 187 woningen gebouwd met een individuele combi-

## warmtepomp voor verwarming, warmtapwater en passieve koeling, op basis van collectieve warmte/koude opslag in de bodem (WKO).

---

In een convenant met Vitens zijn door de gemeente Zutphen afspraken gemaakt over de aanleg en exploitatie van het complete systeem. Vitens is de huidige eigenaar en exploitant van het collectieve deel van de energievoorziening, de bronnen in de bodem en de distributie naar de woningen. De eigenaren van de woningen zijn eigenaar van de installaties in de woning.

De woningen in de Teuge zijn gebouwd door verschillende aannemers/ontwikkelaars. In de ontwikkelovereenkomsten zijn dezelfde uitgangspunten ten aanzien van oplevering- en aansluitvoorwaarden opgenomen als in het convenant met Vitens.

In het project zijn twee typen warmtepompen toegepast.

In de afgelopen jaren zijn uiteenlopende problemen met de installatie in de woningen opgetreden, waaronder:

- comfortproblemen t.a.v. de temperatuurregeling
- comfortproblemen door tochtproblemen
- (...)
- energiegebruik hoger dan verwacht
- ongewenst schakelgedrag (pendelen) van de warmtepomp
- storingen en reparaties aan de warmtepompinstallaties

Deze problemen treden niet in alle woningen in dezelfde mate op.

(...)

## 8 Conclusies en aanbevelingen

---

(...)

Samenvattend

- De grootste knelpunten voor het warmtepompsysteem liggen bij het bronsysteem:
  - - structurele energieonbalans in de bodem (...)
  - (...)
  - - onherstelbare bronverstopping bij 4 van de 5 bronnen

Er zijn forse aanpassingen en investeringen vereist om deze problemen op te lossen. Het is de vraag of deze inspanning opweegt tegen het resultaat

(...)

## Aanbevelingen

De aanbeveling luidt om onderzoek te doen naar zowel de mogelijkheid om het bronsysteem te herstellen als naar de mogelijkheid om alle woningen van een gasaansluiting en ketels voor verwarming en warmtapwater te voorzien. Bij die laatste optie vervalt de koelfunctie van de woninginstallaties. (...)"

### 2.21

Op 14 juli 2011 heeft tussen vertegenwoordigers van de Belangenvereniging De Teuge (de heren [bewoner 16] , [bewoner 15] en [bewoner 1] ), Vitens (de heer [medewerker 1] ) en de gemeente Zutphen (mevrouw [ambtenaar 2] , de heer [ambtenaar 3] ) overleg plaatsgevonden. In het verslag van dit overleg, dat niet is ondertekend, is vermeld, voor zover van belang:

“(...) Er vind een terugkoppeling plaats van de gesprekken van week 27 en week 28. Naar aanleiding van deze gesprekken worden de volgende afspraken gemaakt:

- 1) Het principe van collectieve WKO wordt verlaten.
- 2) Er wordt een scheiding gemaakt tussen het praktische en juridische traject.

Er wordt besloten om het praktische en het juridische traject te scheiden, zodat de bewoners van De Teuge voor de winter een adequate warmte voorziening hebben. Deelname aan het praktische traject betekent geen erkenning van schuld in het kader van het juridische traject.

- 3) Het praktische traject bestaat uit een Fonds dat adequate warmtevoorziening regelt.

Er komt een Fonds, waarin partijen kapitaal storten. Kapitaal kan bestaan uit geld, natura (werk/uren), vermogen (WKO-pompen) en dergelijke. Vanuit dit Fonds kan de bewoner kiezen voor verketeling of voor een evenredig bedrag aan geld en dan

zelf kiezen voor het realiseren van een individuele warmtevoorziening (bijvoorbeeld een individuele WKO).

(...)”

### 2.22

In een procedure bij de Geschillencommissie Energie & Water naar aanleiding van klachten van [bewoner 5] over de warmtelevering heeft Vitens (de heer [medewerker 2] ) bij brief van 20 juni 2012 aan de commissie onder meer geschreven:

“(...) De WKO installatie werkt in hoofdlijn als volgt. Middels geboorde putten en

pompen wordt grondwater van circa 9-11 °C in een gesloten buis langs de woningen gevoerd. Ieder huis haalt met een warmtewisselaar energie uit het water. Dat water wordt uiteindelijk met een temperatuur van 5-8 °C weer in de bodem gebracht. In de zomer wordt het systeem gebruikt voor het koelen van de huizen en wordt warmte in de bodem afgevoerd.

(...)

Ter bekostiging van de WKO installatie in zijn geheel wordt (...) per woning een vastrechttaarif van € 50 per maand aan Vitens betaald. De feitelijke (variabele) stookkosten per woning betaalt de bewoner aan elektriciteit voor de warmtepomp.

(...)

Helaas blijkt ook bij dit ambitieuze project dat de praktijk weerbarstiger is dan de theoretische uitgangspunten. Door nog te onderzoeken oorzaken is de warmtevraag voor de woningen tenminste 25% hoger dan vooraf ingeschat. Dit is het zogenaamde TNO2 rapport, waar nu (...) nog aan gewerkt wordt. De totale warmtevraag is in 2008 circa 1700 MWh in plaats van 1250 MWh als voorzien. Per woning gemiddelde warmtevraag 46GJ een equivalent voor circa 1620 m3 gas per woning.

Door de extra vraag is het systeem uiteindelijk zwaar overbelast geworden met als gevolg dat in de winputten veel meer grondwater moest worden opgepompt. Door dichtslibben van de filters onderin de winputten kan het systeem niet meer volledig functioneren. Het kan ook niet worden gerepareerd. Alleen de aanleg van nieuwe putten biedt een mogelijkheid voor herstel.

In verband daarmee heeft Vitens moeten besluiten om de benodigde warmte op een andere wijze aan de woningen aan te bieden. Dat gebeurt sinds enige tijd met een dieselgestookte CV. (...)

Niet in de laatste plaats is het niet goed functioneren van het systeem een drama voor de bewoners. Zij worden met storingen geconfronteerd in de warmtepompen, de warmte voorziening en de behaaglijkheid van de woningen vereist veel meer behendigheid dan het draaien van een thermostaat. Kortom de ambitieuze verwachtingen zijn niet uitgekomen en het traject naar een definitieve verbetering duurt lang en vergt veel overleg en geduld omdat er ten gerieve van de bewoners een alternatief ontwikkeld dient te worden. Er moeten dus zo wie zo al forse ombouwkosten gemaakt worden.

(...)

Vitens ziet ook liever dat het WKO systeem conform de uitgangspunten geëxploiteerd kan worden. Helaas is dat op praktijkschaal niet het geval, de uitgangspunten zijn niet uitgekomen en de betrokkenen zitten met de brokken. Dat geldt voor het project als

totaal. Vitens is na uitvoerige raadpleging van deskundigen en bestuurders, van mening dat de optredende problemen zodanig groot zijn dat herstel tot de oorspronkelijke uitgangspunten niet reëel is en bovendien niet betaalbaar. (...)"

### 2.23

In opdracht van Vitens heeft TNO het "Onderzoek 'De Teuge' Fase 2A, Warmtevraag woningen" uitgevoerd. In het door haar op 25 juli 2012 uitgebrachte onderzoeksrapport, ook wel aangeduid als 'TNO2 rapport', heeft TNO ten aanzien van de warmtevraag in de praktijk onder meer het volgende opgemerkt. Uitgaande van een 'worst case'-scenario zou een toename van 44% kunnen optreden van de totale warmtevraag van een individuele woning ten opzichte van de EPC-berekening. Indien dit optreedt bij 10% van het totaal aantal woningen, bedraagt de toename van de warmtevraag voor de gehele wijk 4,4%. Daaruit volgt dat het effect van afwijkingen ten opzichte van de EPC-berekeningen op de totale warmtevraag van woningen voor een individuele woning aanzienlijk kunnen zijn, maar voor de totale warmtevraag van de gehele wijk beperkt is. Het is waarschijnlijk dat het gebruik van de woning (aantal personen, thermostaatinstelling, ventilatiegedrag, huishoudelijk elektriciteitsgebruik) en het buitenklimaat van grotere invloed zijn op de warmtevraag dan de genoemde mogelijke afwijkingen. De meetgegevens van 2008 en 2010 geven geen aanleiding om te veronderstellen dat er in de realisatie van de woningen sprake is van structurele afwijkingen ten opzichte van de uitgangspunten in de EPC-verrekeningen die leiden tot een aanzienlijk hogere warmtevraag. Om meer inzicht te krijgen in de warmtevraag in de praktijk doet TNO de aanbeveling een nadere analyse te doen van het energieverbruik van meerdere jaren van alle woningen. Als conclusie en aanbeveling vermeldt het rapport onder meer dat de uitgangspunten voor de warmtevraag van de woningen, die in het haalbaarheidsonderzoek en het voorontwerp van het grondwatersysteem voor de het WKO-systeem zijn gehanteerd, niet eenduidig zijn en ook de herkomst daarvan niet duidelijk is. Verder bevatten de aan de te realiseren woningen gestelde eisen geen eis wat betreft de maximale warmtevraag en zijn in de beschikbare documentatie geen aanwijzingen gevonden dat bij het ontwerp van het grondwatersysteem en/of de ontwikkeling van de woningen tussen de betrokken partijen afstemming heeft plaatsgevonden over de maximaal te verwachten of te eisen warmtevraag van de woningen en/of het systeem. Tevens geven de beschikbare praktijkgegevens geen aanleiding om te veronderstellen dat sprake is van structurele afwijkingen in de warmtevraag van de gerealiseerde woningen ten opzichte van de verwachte warmtevraag volgens de EPC-berekeningen.

### 2.24

Bij brief van 10 september 2012 hebben 151 bewoners die op de WKO installatie zijn aangesloten aan Vitens bericht te hebben vernomen dat Vitens sinds het najaar van 2010 geen duurzaam opgewekte energie vanuit de Warmte Koude Opslag meer levert, maar in plaats daarvan energie levert die is verkregen door een dieselgestookte generator waardoor ook de koelfunctie van het systeem is vervallen. Onder mededeling dat zij hiermee niet meer voldoet aan de met de afnemer overeengekomen leveringsverplichtingen van energie vanuit de collectieve Warmte Koude Opslag de

Teuge wordt Vitens in gebreke gesteld wegens toerekenbare tekortkoming, “zoals al eerder is gedaan in een schrijven van RWW Advocaten te Leiden van 25 augustus 2012.” Tevens wordt Vitens erop gewezen dat “[i]n de verwachting dat op korte termijn de WKO hersteld zal worden dan wel een adequate warmtevoorziening daarvoor in de plaats komt”, tot dat moment aan de betalingsverplichting is voldaan. Voorts vermeldt de brief, voor zover relevant:

“Het ziet er echter naar uit dat een oplossing die voldoet aan de overeengekomen levering van warmte opgewekt via de collectieve Warmte Koude Opslag, er niet (meer) in zit. Een vervangende warmtevoorziening op korte termijn is ook niet aangekondigd.

Mijn betaling van het maandelijkse voorschot van het volledige bedrag voor vastrecht voor de Warmte en Koude levering aan Vitens ervaar ik daarom als niet terecht. Door het betalen van het maandelijkse voorschot (...) draag ik als bewoner het ondernemersrisico.

Mijn standpunt in deze is dat ik niet meer verplicht ben het maandelijkse bedrag van het vastrecht te betalen omdat ik niet geleverd krijg wat ik met Vitens overeengekomen ben. Mijn maandelijkse betaling voldoe ik vanaf heden met een bedrag van € 27,50. (...)

#### 2.25

Vitens heeft laatstgenoemde brief bij haar brief van 26 september 2012 beantwoord. Zij schreef, voor zover van belang:

“Op 17 september 2012 ontving Vitens 151 aangetekende brieven over korting van het vastrecht dat de bewoners van De Teuge betalen voor hun aansluiting op de WKO installatie. (...)

Zoals Vitens al eerder aan een vijftal bewoners heeft meegedeeld gaan wij niet akkoord met deze eenzijdige verlaging. Ook al werkt de WKO installatie niet meer naar behoren, de bewoners kunnen met de door Vitens geleverde energie nog steeds hun woningen op de gewenste wijze verwarmen en van warm tapwater voorzien. Koeling is helaas niet meer mogelijk. De kosten van de WKO installatie en de vervangende stookinrichting lopen voor Vitens gewoon door en zijn zelfs hoger dan voorzien. Daarom maakt Vitens bezwaar tegen de eenzijdige verlaging. Vitens betreurt dat koeling niet meer mogelijk is, maar dat rechtvaardigt geenszins een korting op het vastrecht met ruim 50%.

Vitens zal het ontbrekende deel van het vastrecht blijven claimen zolang geen andere afspraken over de hoogte van het vastrecht met de bewoners zijn gemaakt. Vitens behoudt zich uitdrukkelijk het recht voor wegens niet betalen passende incassomaatregelen te nemen. (...)

#### 2.26

Naar aanleiding van een welkomstbrief van Vitens met opgave van de maandtermijn voor geleverde diensten, welke brief [bewoner 11] als nieuwe eigenaar van een woning in De Teuge ontving, heeft hij bij e-mail van 27 mei 2013 aan Vitens (de heer [medewerker



3] ) onder meer geschreven:

“(...) Naar aanleiding hiervan heb ik telefonisch contact gezocht met Vitens met de vraag waaruit dit bedrag is opgebouwd. Hieruit blijkt een dat een deel voor warmte en koude levering is.

Graag zou ik persoonlijk de voorwaarde waaronder dit geleverd wordt van u ontvangen alsmede de laatste stand van zaken omtrent de veranderingen die gepland zijn en welke beslissings momenten er zijn voor de overgang naar een ander (evt individueel?) systeem. (...)”

2.27

Bij e-mail van 5 juni 2013 heeft Vitens (de heer [medewerker 4] ) de heer [bewoner 11] geantwoord, voor zover relevant:

“De overeenkomst tussen u en Vitens is belegd in een tweetal stukken:

- Vitens heeft met de gemeente Zutphen een convenant duurzame energie afgesloten in 2002. Hierin wordt verwezen naar de leverings- en aansluitvoorwaarden van Waterbedrijf Gelderland (rechtsvoorganger Vitens). Alle drie documenten doe ik u hierbij toekomen.
- De gemeente heeft in de koopovereenkomst met de 1e bewoner, een kettingbeding opgenomen waarin de verplichting is opgenomen tot aansluiting van uw woning op het aardwarmtenet van Vitens. (...)

De laatste stand van zaken wijkt nauwelijks af van de brief van 1 februari. Op dit moment kan ik u geen duidelijkheid geven over de oplossingsrichting en de beoogde planning. We zijn in gesprek met de gemeente.

We hopen u spoedig meer informatie te kunnen verstrekken.”

2.28

Bij brief van 25 juni 2013 heeft Vitens aan de individuele bewoners meegedeeld dat het traject voor herstel van de WKO installatie is ingezet. In reactie hierop hebben meerdere bewoners aan Vitens laten weten dat zij een sterke voorkeur hebben voor een individuele energievoorziening en dat herstel voor hen niet een reële optie is.

2.29

Bij brief van 1 oktober 2013 heeft Vitens (de heer [medewerker 3] ) aan de individuele bewoners van De Teuge, hoewel herstel van het WKO-systeem volgens haar een reële en goede oplossing is, aangeboden over te gaan tot “verketelen” (omzetting naar verwarming door aardgas). De bewoners konden kiezen tussen een eenmalige vergoeding van € 8.250,- waarbij zij zelf een oplossing zouden regelen, en ombouw naar een HR cv-ketel door Vitens en uitkering van een coulancebedrag van € 3.750,-. “Als aanvulling op bovengenoemde bedragen zal Vitens 50% van het vastrecht met terugwerkende kracht verrekenen tot 1 mei 2012. Dit was het moment van afschakelen

van de infiltratiebronnen en het daardoor ontbreken van koeling.” Door te kiezen voor één van beide opties zouden de bewoners Vitens finale kwijting verlenen voor alle aanspraken die mogelijk uit de “WKO problematiek” zouden voortvloeien. Voorwaarde was verder dat minimaal 70% van de bewoners zou meedoen, omdat de Gemeente Zutphen dan bereid zou zijn het convenant met Vitens te ontbinden. Zou dat percentage niet worden gehaald en het convenant niet worden ontbonden, dan zou Vitens meteen starten met herstel van de WKO-installatie. Bij brief van 22 november 2013 heeft Vitens meegedeeld dat dit percentage niet is gehaald en dat daarmee het aanbod van Vitens is komen te vervallen.

### 2.30

De bewoners van De Teuge, onder wie [de bewoners] , hebben bij brief van hun raadsman van 5 december 2013 aan Vitens gesteld dat Vitens toerekenbaar tekort is geschoten in de op haar rustende verplichtingen doordat zij heeft verzuimd zorg te dragen voor een goed functionerend WKO-systeem. Daarbij hebben zij Vitens aansprakelijk gesteld voor de als gevolg daarvan door hen geleden schade. Daarbij is ook aan Vitens meegedeeld dat bij de bewoners ieder draagvlak voor herstel van de WKO ontbreekt en dat van hen niet kan worden verwacht dat Vitens in de gelegenheid wordt gesteld de WKO te herstellen. Tevens is Vitens gesommeerd om bij wijze van voorschot op de schadevergoeding € 4.500,- te voldoen, het door Vitens berekende bedrag waarmee het omschakelen “naar gas of individueel WKO” kan worden gerealiseerd.

### 2.31

Nieman Raadgevende Ingenieurs B.V. (hierna: Nieman) heeft op 21 februari 2014, zoals aangepast op 27 februari 2014, een rapport “ONDERZOEK ALTERNATIEVE INSTALLATIE, Woningen “De Teuge” te Zutphen” uitgebracht. Dit rapport is gebaseerd op de uitkomsten van onderzoek dat zij in een eerdere fase voor vijf bewoners (de heren [bewoner 7] , [bewoner 9] , [bewoner 5] , [bewoner 3] onderscheidenlijk [bewoner 1] ) heeft verricht naar “de consequenties van een alternatieve installatie in het project “De Teuge” te Zutphen. (...) Het betreft een onderzoek naar de consequenties voor de energieprestatie, het comfort en de kosten in de woning na het vervangen van een warmte- en koudeopslag (WKO) installatie door een individuele cv-ketel.” In het rapport ”wordt voor de gehele wijk ingegaan op de hiervoor genoemde vraagstukken.” Nieman heeft daarin een beschrijving van de verschillende schadecomponenten zonder bedragen opgenomen.

### 2.32

Bij brief van 11 april 2014 heeft Vitens de bewoners zonder erkenning van aansprakelijkheid en onder voorbehoud van rechten een aanbod gedaan voor een minnelijke oplossing. De bewoners konden kiezen uit twee opties. De eerste optie (optie A) houdt kort gezegd in dat Vitens per huishouden € 4.500,- betaalt zodat zij daarmee een individuele warmtevoorziening kunnen aanschaffen, dat de bewoners worden ontslagen uit de verplichting om aangesloten te blijven op het collectieve WKO-systeem en dat zij die deze optie accepteren geen finale kwijting aan Vitens behoeven te

verlenen. In de tweede optie (optie B) ontvangen de bewoners die wèl finale kwijting aan Vitens willen verlenen in aanvulling op het bedrag van € 4.500,- een coulance-uitkering van € 3.750,-, en wordt hun betalingsverplichting uit hoofde van het vastrecht voor het WKO-systeem per 1 mei 2012 gesteld op € 27,50 exclusief BTW tot de datum waarop de betreffende bewoner van het WKO-systeem is afgekoppeld en uiterlijk tot 1 januari 2015.

### 2.33

Op 26 juni 2014 is tussen Vitens en 117 bewoners op basis van het aanbod van 11 april 2014 een vaststellingsovereenkomst gesloten. In aanvulling op, dan wel in afwijking van dat aanbod is daarbij tevens overeengekomen, kort gezegd, dat de door Vitens betaalde bedragen, ongeacht de uitkomst van een procedure over de aansprakelijkheid van Vitens, door haar niet zullen worden teruggevorderd, doch wel mogen verrekend met schadeloosstellingen waartoe Vitens eventueel wordt veroordeeld, dan wel een door partijen overeen te komen bedrag.

### 2.34

Bij besluit van 17 november 2014 heeft de gemeenteraad van de gemeente Zutphen ingestemd met het verzoek van Vitens om ontbinding van het convenant op 1 mei 2015 of zoveel eerder als de ombouw door bewoners naar een alternatieve energievoorziening gereed is, en onder voorwaarde – onder meer – dat het systeem tot uiterlijk 1 mei 2015 in de lucht blijft.

### 2.35

Bij brief van 26 januari 2015 aan de bewoners die op dat moment nog niet van het WKO-systeem waren afgekoppeld heeft Vitens bericht dat de gemeente Zutphen op 17 november 2014 heeft ingestemd met de ontbinding van het convenant en dat Vitens het collectieve systeem uiterlijk 1 juli 2015 gaat afschakelen.

### 2.36

Vitens heeft op de derdengeldrekening van mr. Bruens per procederende bewoner € 4.500,- overgemaakt.

## 3 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

---

### 3.1

De Stichting heeft in eerste aanleg, samengevat en voor zoveel in hoger beroep nog van belang, gevorderd:

1. een verklaring voor recht dat Vitens toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen jegens de door de Stichting vertegenwoordigde bewoners, althans jegens die bewoners onrechtmatig heeft gehandeld, en haar te veroordelen tot vergoeding van de door die bewoners geleden schade, op te maken bij staat;

2. veroordeling van Vitens in de kosten verband houdend met het realiseren van individuele aansluitingen voor zover deze kosten een bedrag van € 4.500,- te boven gaan, aan de onder 1. bedoelde bewoners te voldoen;

3. veroordeling van Vitens in de proceskosten.

### 3.2

De rechtbank heeft bij vonnis van 29 april 2015 de Stichting in haar vordering niet-ontvankelijk verklaard met veroordeling van de Stichting in de proceskosten en de nakosten, beide vermeerderd met wettelijke rente.

## 4 De motivering van de beslissing

---

### Algemeen

#### 4.1

Onder aanvoering van zeventien grieven, genummerd 1A en 1 tot en met 16, is de Stichting opgekomen tegen het vonnis van de rechtbank van 29 april 2015. De Stichting heeft, na wijziging van eis bij memorie van grieven, gevorderd dat het hof, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest, het vonnis van 29 april 2015 zal vernietigen en opnieuw recht doende:

1. te verklaren voor recht dat Vitens toerekenbaar is tekort geschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen jegens de door de Stichting vertegenwoordigde bewoners, vermeld op de als productie 1a bij memorie van grieven overgelegde lijst, althans jegens die bewoners onrechtmatig heeft gehandeld;

2. Vitens te veroordelen de schade te vergoeden die de door de Stichting vertegenwoordigde bewoners hebben geleden, op te maken bij staat;

3. te verklaren voor recht dat de door de Stichting vertegenwoordigde bewoners, vermeld op de als productie 1a bij memorie van grieven overgelegde lijst, in verband met de aansluiting op de WKO aan vast recht jaarlijks een bedrag verschuldigd zijn geweest van: 1) € 270,64 over de jaren voor 2014 vanaf de aansluiting, 2) € 254,- voor het jaar 2014 en 3) € 281,78 voor het jaar 2015, althans in alle perioden een in goede justitie te bepalen bedrag;

4. te bepalen dat Vitens aan de door de Stichting vertegenwoordigde bewoners vermeld op de onder 3 bedoelde lijst de door die bewoners aan Vitens aan vastrecht betaalde bedragen voor zover deze de vastgestelde bedragen overtreffen, dient te restitueren, verhoogd met wettelijke rente vanaf het moment van betaling, althans vanaf een in goede justitie vast te stellen moment;

5. Vitens zal veroordelen in de kosten van de procedure in beide instanties.

#### 4.2

Vitens heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van de Stichting.

Ten aanzien van de feiten

#### 4.3

Met de grieven 11, 12 en 13 en de toelichting daarop komt de Stichting op tegen een drietal volgens haar onjuiste feitelijke vaststellingen onder 2.17, 2.19 en 2.5 van het bestreden vonnis. Dit betreft de vaststelling dat de bewoners het door Vitens gevorderde vast recht verschuldigd zijn, dat Vitens het hersteltraject van de WKO-installatie heeft voortgezet en kenbaar heeft gemaakt dat zij het systeem zo snel mogelijk van de hand wil doen, en voorts dat de gemeente Zutphen een haalbaarheidsonderzoek heeft laten uitvoeren. Tegen de vaststelling van de feiten voor het overige zijn geen (kenbare) grieven gericht. Het hof heeft de feiten opnieuw vastgesteld en daarbij de bezwaren van de Stichting tegen de feitelijke vaststellingen door de rechtbank betrokken. Derhalve heeft de Stichting in verband met de vaststelling van de feiten geen belang bij verdere beoordeling van deze grieven.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de Stichting

#### 4.4

Met haar grief 1A keert de Stichting zich tegen het oordeel van de rechtbank, kort gezegd, dat de Stichting gelet op het bepaalde in artikel 3:305a lid 3 BW geen vergoeding van schade kan vorderen, in haar vorderingen niet ontvankelijk is verklaard.

#### 4.5

Op grond van artikel 3:305a lid 1 BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt (HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549). Het vereiste van gelijksoortigheid houdt in dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd (HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010: BK5756). Op de grondslag van art. 3:305a BW is het mogelijk, voor zover in deze zaak van belang, dat ten behoeve van individuele benadeelden een verklaring voor recht of eventueel restitutie wordt gevorderd. Een vordering tot vergoeding van geleden schade is in beginsel (nog) niet mogelijk (art. 3:305a lid 3 BW). Deze beperking is ingegeven door de omstandigheid dat schadevergoeding aan individuele personen moet worden uitgekeerd, en door de juridisch-technische complicaties waartoe het toelaten van een collectieve actie op dit punt aanleiding kan geven (vgl. Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 29-30). De omvang van de schade, de causaliteit en de eigen schuld moeten immers per geval worden bepaald. Deze omstandigheden zijn pas relevant in (eventuele) vervolgprocedures (HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399; HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082). Een schadevergoedingsvordering leent zich in beginsel dan ook niet om behandeld te worden als collectieve actie. Dat

geldt eveneens voor de enkele vaststelling, via de band van een verklaring voor recht, dat de aansprakelijke partij jegens de individuele leden van de achterban van de procederende organisatie tot schadevergoeding verplicht is (HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082).

#### 4.6

Het is de Stichting blijkens haar statutaire doelomschrijving erom te doen de belangen te behartigen van de eigenaren van onroerende zaken in de wijk De Teuge die schade hebben geleden of problemen ondervinden door of als gevolg van de collectieve WKO-installatie waarop zij in die wijk verplicht waren aangesloten. Met de onderhavige procedure streeft de Stichting dat doel na. In haar toelichting op grief 1A heeft zij gesteld dat zij geen vergoeding heeft gevorderd van schade ten behoeve van anderen of die gedupeerden individueel hebben geleden, noch een bedrag dat over de gedupeerden moet worden verdeeld, maar een verklaring voor recht dat Vitens jegens hen is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen, althans onrechtmatig heeft gehandeld. Voorts heeft zij opgemerkt dat de omstandigheid dat artikel 3:305a BW het vorderen van schadevergoeding door een claimstichting niet toestaat, blijkens de parlementaire geschiedenis van genoemd artikel onverlet laat dat een belangenorganisatie een verklaring voor recht vordert dat een gedraging onrechtmatig is of een schuldenaar in zijn verplichting tekort schiet, waarmee de schadeplichtigheid in principe vast staat. In het kader van haar stelling dat zij op de voet van artikel 3:305a BW ontvankelijk is heeft de Stichting verder betoogd dat haars inziens verwijzing naar de schadestaatprocedure kan worden gevorderd omdat daarvoor slechts als vereiste geldt dat de mogelijkheid van het bestaan van schade aannemelijk is. Uit een en ander begrijpt het hof dat de Stichting met deze procedure de bedoeling heeft om ten behoeve van de eigenaren die zich door verlening van een volmacht bij haar hebben aangesloten een beslissing te verkrijgen over de vraag of Vitens jegens hen is tekort geschoten dan wel onrechtmatig heeft gehandeld, waarbij zij onder verwijzing naar het rapport van Nieman slechts in het algemeen heeft betoogd dat de gewraakte handelwijze van Vitens tot schade heeft geleid voor alle bij haar aangesloten eigenaren en dat die schade voor elke eigenaar afzonderlijk in een schadestaatprocedure moet worden vastgesteld. In het rapport van Nieman zijn immers alleen schadecomponenten genoemd, geen concrete bedragen per individuele eigenaar/bewoner. Verder volgt uit het aantal personen dat aan de Stichting een volmacht heeft verleend dat die volmacht mede ertoe strekt om de procedures en financiering daarvan te coördineren. Bovendien noemt de volmacht expliciet de verkrijging van een verklaring voor recht of “een aansprakelijkheidsverklaring” als doel van een procedure. Voorts beoogde de Stichting met haar wijziging van eis in hoger beroep, waarbij zij de gevorderde verklaring voor recht wegens het tekort schieten althans de onrechtmatige handelwijze, en de vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat uit elkaar heeft gehaald en als afzonderlijke vorderingen heeft geformuleerd, juist eventuele onduidelijkheid in verband met een op artikel 3:305a BW gestoelde vordering tot verklaring voor recht weg te nemen en te bereiken dat zij in zodanige vordering ontvankelijk zou zijn ook indien zij in een separate vordering tot veroordeling van schadevergoeding op te maken bij staat niet-

ontvankelijk zou worden verklaard, althans deze vordering zou worden afgewezen (memorie van grieven, onder 15). Op grond van het voorgaande merkt ook het hof de Stichting aan als een stichting als bedoeld in artikel 3:305a BW.

#### 4.7

Het debat tussen partijen betreft in de kern de vraag of Vitens jegens de (individuele) eigenaren van wie de belangen door de Stichting worden behartigd (zie 2.1, 2.2) aansprakelijk is op de grond dat zij in de nakoming van haar verplichtingen onder de met iedere eigenaar afzonderlijk gesloten overeenkomst tot levering van energie tekort is geschoten dan wel onrechtmatig heeft gehandeld. De Stichting heeft in dat verband aangevoerd dat Vitens vanaf enig moment wegens het niet functioneren van het collectieve WKO-systeem geen aardwarmte en/of koeling leverde en dat Vitens een te hoog bedrag aan vastrecht in rekening heeft gebracht. De belangen van de eigenaren lopen parallel en zijn gelijksoortig omdat iedere eigenaar belang had om via het collectieve WKO-systeem tegen betaling energie geleverd te krijgen zoals was bedoeld en voorzien en om duidelijkheid te krijgen of Vitens hierin tekort is geschoten. Gelet op het verweer van Vitens dat de oorzaak van het niet functioneren van het WKO-systeem ligt in de voor alle bewoners op dezelfde wijze geldende omstandigheid dat de winputten zijn dichtgeslibd, waardoor Vitens door middel van het WKO systeem niet meer de energie kon leveren waartoe zij zich contractueel had verplicht (memorie van antwoord, onder 12), heeft ook Vitens onderkend dat de eigenaren in zoverre een parallel en gelijksoortig belang hebben. Ook wat betreft de verschuldigdheid van vast recht heeft Vitens dit onderkend. Vitens stelt zich immers op het standpunt dat het in rekening brengen van het vast recht, ongeacht of zij de energie anders heeft geleverd dan was overeengekomen, geen wanprestatie of onrechtmatige daad is (memorie van antwoord, onder 64 - 82).

#### 4.8

Naar het oordeel van het hof is daarmee in het licht van het onder 4.5 geschetste kader voldaan aan de door artikel 3:305a BW gestelde eis van gelijksoortigheid. Immers, in één procedure kan worden geoordeeld over de door de rechtsvordering tot verkrijging van een verklaring voor recht aan de orde gestelde geschilpunten betreffende de voor aansprakelijkheid van Vitens gestelde grondslagen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden die zich bij de Stichting hebben aangesloten betrokken behoeven te worden. Deze omstandigheden zijn pas relevant in (eventuele) vervolgprocedures in verband met onder andere schade(omvang), oorzakelijk verband en eigen schuld. Wanneer een of meer eigenaren een zodanige procedure instellen, kunnen zij met een declaratoir dat in een procedure op de voet van artikel 3:305a BW is verkregen, zoals de Stichting onder verwijzing naar de betreffende passage in parlementaire geschiedenis terecht heeft opgemerkt, proberen hun voordeel te doen. In die procedures kan Vitens op haar beurt tegen de vordering tot schadevergoeding van elke eigenaar afzonderlijk, naar de mérites van het individuele geval, immers verweer voeren. Het standpunt van de Stichting dat voldoende overleg is gevoerd, heeft Vitens niet weersproken. Van niet-ontvankelijkheid op grond van artikel 3:305a lid 2 BW is dus geen sprake.

#### 4.9

Het voorgaande brengt mee dat grief 1A slaagt voor zover de Stichting daarmee opkomt tegen het oordeel van de rechtbank dat de Stichting niet-ontvankelijk is. Daarmee komt het hof toe aan de beoordeling van de stellingen van de Stichting die in eerste aanleg onbesproken zijn gebleven. Daarbij zal het hof eveneens betrekken hetgeen de Stichting met haar 'grievens' 1 tot en met 10 en 14 tot en met 16 en de toelichting daarop heeft betoogd.

De inhoud van de overeenkomst: levering van warmte, of aardwarmte en ook koeling?

#### 4.10

Partijen zijn het erover eens dat tussen de bewoners en Vitens een mondelinge overeenkomst is gesloten, waaruit voor Vitens als hoofdverplichting voortvloeit om aan de bewoners de overeengekomen energie te leveren. Ook zijn zij het erover eens dat de door Vitens te leveren energie in ieder geval bestaat uit warmte, dat wil zeggen warm (tap)water voor ruimteverwarming, alsmede sanitair en huishoudelijk gebruik, die aan de bewoners wordt geleverd door middel van de aansluiting van de bewoners op de WKO-installatie in de wijk De Teuge te Zutphen. Partijen twisten echter over de vraag of Vitens gehouden is, zoals de Stichting stelt en Vitens bestrijdt, om via die installatie aardwarmte en ook koeling te leveren en, als dit het geval is, of Vitens met de nakoming van die verplichting jegens de bewoners in verzuim verkeert met als gevolg dat zij schade dient te vergoeden. Belangrijk deel van die schade bestaat volgens de Stichting uit de torenhoge elektriciteitsrekeningen en een vast recht dat meer dan twee maal het door de ACM vastgestelde redelijke tarief is, waarmee de bewoners als gevolg van de gestelde tekortkoming van Vitens worden geconfronteerd en wat in strijd is met de verplichting van Vitens om voor een redelijke prijs warmte te leveren.

#### 4.11

De overeenkomst tot energielevering brengt voor Vitens de verplichting mee om te zorgen voor een betrouwbare energievoorziening. Waar Vitens in haar verhouding tot de eigenaren niet alleen de leverancier is van de energie, maar tevens het distributienetwerk beheert waarmee de energie aan de bewoners ter beschikking wordt gesteld, betekent dit dat zij het WKO-systeem zodanig diende aan te (laten) leggen en te exploiteren, onderhoud daaronder begrepen, dat zij daarmee de overeengekomen energie aan de woningen in De Teuge kan leveren. Of de overeenkomst voor Vitens slechts de verplichting inhoudt om warmte te leveren, dan wel aardwarmte en tevens koeling, hangt af van wat partijen in dit geval hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan van belang zijn tot welke kringen partijen behoren. In dat verband kan mede acht worden geslagen op omstandigheden die zich hebben voorgedaan nadat de overeenkomst tot stand is gekomen, bijvoorbeeld het gedrag van partijen bij de uitvoering daarvan, voor zover deze relevant zijn om te kunnen vaststellen op welke wijze zij hun afspraak hebben opgevat dan wel wat zij met hun afspraak hebben beoogd.



#### 4.12

In het haalbaarheidsrapport is vermeld dat de warmtepompinstallatie warmte onttrekt aan het bronwater en dat met bronwater in de woning 's zomers koeling wordt toegepast. In dat rapport wordt ook gerefereerd aan de koelfunctie van de warmtepompinstallatie (zie 2.4). Blijkens de considerans van het Convenant dient het haalbaarheidsrapport daarvoor als uitgangspunt. In het Convenant heeft de rechtsvoorganger van Vitens zich tegenover de gemeente Zutphen bereid en in staat verklaard en zich verplicht om het collectieve systeem voor "toepassing van grondwarmte met een warmtepompsysteem" voor ruimteverwarming zoals beschreven in het haalbaarheidsrapport (de vereiste centrale installaties en een warmtedistributienet met bijbehoren) te leveren, aan te leggen, te beheren, in goede staat van onderhoud te houden (tot de hoofdafsluiters in de woningen) en te exploiteren. Tevens dient zij zorg te dragen voor de controle op het ontwerp en de uitvoering van de installaties in de woningen; voor de aanleg van de installatie in de woning zelf is zij evenwel niet verantwoordelijk (zie 2.6). Volgens het Convenant dient Vitens in het kader van de exploitatie van het collectieve systeem aan de woningen water aan te bieden in overeenstemming met de aansluit- en leveringsvoorwaarden (Convenant, Bijlage 2).

#### 4.13

Blijkens de informatie die Vitens op 1 april 2003 aan de bouwers van de woningen in het project De Teuge heeft verstrekt over de kosten voor de bewoners van de woningen betreffen deze kosten zowel verwarming als koeling (zie 2.11). Deze informatie heeft zij op 22 april 2003 met de gemeente Zutphen gedeeld onder bijvoeging van een folder. Uit die folder volgt dat de "aardwarmte" wordt gewonnen uit grondwater en dat het toegepaste systeem volgens Vitens in de zomer wordt gebruikt voor koeling van de woning en dat alleen een vast bedrag voor de aansluiting in rekening wordt gebracht omdat de invloed van het gebruik van de warmtepomp of de koeling op de bedrijfsvoering gering is.

#### 4.14

Vitens heeft op 6 juli 2004 de gemeente Zutphen verzocht de meerwaarde van koeling te benadrukken (zie 2.12).

#### 4.15

In een document van Vitens van 12 april 2005 over "aansluitgegevens van het aardwarmtesysteem" is vermeld dat het water in het systeem ook voor koeling kan worden gebruikt en dat bij gebruik van een Inventum warmtepomp de koeling op dezelfde wijze wordt uitgevoerd als de verwarming (zie 2.13).

#### 4.16

Aan Vitens kan worden toegegeven dat de eigenaren geen partij zijn bij het Convenant en dat het Convenant niet een beding ten behoeve van hen inhoudt. Dit laat onverlet dat de eigenaren van de woningen in De Teuge op grond van een kettingbeding verplicht op het collectieve systeem zijn aangesloten. In haar brief van 9 december 2005 aan onder

anderen [bewoner 10] en [bewoner 9] over de inhoud van het contract tussen haar en de bewoner heeft Vitens dit toegelicht met een verwijzing naar de betreffende bepaling in de “toekomstige grondakte” en de mededeling dat daarvoor het Convenant geldt waar ook de grondeigenaar aan is gebonden omdat de gemeente “dit convenant bindend verklaart in de grondakte.” In die brief spreekt Vitens de hoop uit dat zij met de toezending van de in die brief genoemde stukken en de verstrekte toelichting “een compleet beeld van de rechten en plichten voor het aardwarmte systeem De Teuge” heeft gegeven (zie 2.14). Ook indien de heer [de projectmanager] als projectmanager niet bevoegd zou zijn geweest om bindende uitspraken te doen over rechtsbetrekkingen die Vitens is aangegaan, zoals Vitens heeft gesteld (memorie van antwoord, onder 22), neemt dat niet weg dat het Convenant met bijlagen de oorsprong is van zowel de aanleg en exploitatie van het WKO-systeem als de verplichte aansluiting daarop van de woningen in De Teuge.

#### 4.17

In genoemde brief van 9 december 2005 heeft Vitens tevens meegedeeld dat in de bijlagen bij het Convenant de rechten en plichten worden beschreven zoals die ook voor een drinkwaterleiding van Vitens gelden. In de Aansluit- en Leveringsvoorwaarden (zie 2.7) wordt vermeld dat sprake is van een “aardwarmtesysteem” en vervolgens dat het aanbieden van koeling in de woning een belangrijke bijdrage levert aan de regeneratie van de bronnen en resulteert in een kosten effectiever extern regeneratiesysteem en dat daardoor het wooncomfort in een goed geïsoleerde woning wordt verhoogd. Daarnaast wordt met zoveel woorden in de voorwaarden vermeld dat het LTV-systeem geschikt dient te zijn voor verwarming en koeling van de wooneenheid.

#### 4.18

Blijkens het advies Systemomschrijving (zie 2.16) heeft Vitens in De Teuge een project gerealiseerd waarvan het principe kan worden beschreven aan de hand van twee bedrijfssituaties (“warmte- en koudelevering”). Daarbij wordt “bronwarmte en –koude” geleverd aan woningen en vindt de koudelevering in de zomer plaats. De bronwarmte wordt via een warmtewisselaar aan het grondwater onttrokken en overgedragen aan het distributienet. Die koudelevering zou worden gerealiseerd door warmte aan de woningen te onttrekken en deze via de warmtewisselaar in het grondwatersysteem terug te brengen. Een en ander diende te geschieden met het oog op de energiebalans die in de vergunning van GS voor het WKO-systeem is voorgeschreven (zie 2.8). Blijkens het memo van B&W van Zutphen van 16 oktober 2010 is die balans niet gerealiseerd onder meer omdat de woningen in de zomer minder koelen dan voorzien en derhalve minder energie aan het systeem leveren (zie 2.18). In het TNO-rapport van 20 april 2011 (zie 2.20) wordt opgemerkt dat de woningen in De Teuge zijn uitgerust met een individuele warmtepomp voor verwarming, wamtapwater en passieve koeling, op basis van collectieve warmte/koude opslag in de bodem. In verband met de mogelijkheid van vervanging van de aansluiting op het WKO-systeem door een aardgasaansluiting met verwarmingsketels wordt in dat rapport aangetekend dat daarmee “de koelfunctie van de woninginstallaties vervalst.”

#### 4.19

Met de beschrijving op hoofdlijnen van de werking van het WKO-systeem in haar verweer in een klachtprocedure bij de Geschillencommissie Energie & Water heeft Vitens bevestigd dat het ontwerp en de exploitatie van dit systeem via een warmtewisselaar energie uit het grondwater van circa 9-11°C haalt en eveneens is bedoeld om de woningen in De Teuge te koelen (zie 2.22). Dit volgt tevens uit haar brief van 26 september 2012 aan 151 bewoners van De Teuge, waar zij schrijft dat koeling helaas niet meer mogelijk is (zie 2.25). Ook uit e-mailcorrespondentie tussen Vitens en een nieuwe bewoner van 27 mei en 5 juni 2013 blijkt dat sprake is van een “aardwarmtenet” waarmee ook koude wordt geleverd (zie 2.26, 2.27).

#### 4.20

Mede gezien de omstandigheid dat afkoppeling van de woningen van het WKO-systeem en afschakeling van dat systeem hebben plaatsgevonden en pas konden plaatsvinden nadat het Convenant was ontbonden (zie 2.34, 2.35), is de slotsom dat het Convenant met bijlagen doorwerkt in de individuele rechtsverhouding tussen Vitens en de eigenaren/bewoners van de woningen in De Teuge. Hetgeen de eigenaren in hun rechtsverhouding tot Vitens ter zake van de energielevering in redelijkheid mochten verwachten wordt derhalve mede bepaald door het Convenant met bijlagen. Uit dat document, de afspraken die (de rechtsvoorganger van) Vitens ter zake van het realiseren van de energievoorziening heeft gemaakt, de hiervoor aangehaalde informatie die zij daarover met de gemeente Zutphen heeft gedeeld en aan de bouwers van de woningen in De Teuge heeft verstrekt, alsmede aan de bewoners over de rechten en plichten met betrekking tot het WKO-systeem, blijkt dat Vitens ook zelf ervan uitging dat zij de verplichting had om aardwarmte te leveren.

#### 4.21

Vitens heeft verder betoogd dat de levering van koude/koeling in ieder geval geen deel uitmaakt van haar leveringsverplichting omdat de bewoners van De Teuge (stilzwijgend) hebben ingestemd met een wijziging van de overeenkomst op het moment dat zij de eerste factuur voor vastrecht betaalden nadat Vitens de energie leverde door via een conventionele installatie bij te stoken (memorie van antwoord, onder 30, 73; pleitnotitie zijdens Vitens ter comparitie in hoger beroep, onder 3, 10; conclusie van antwoord, onder 34). Het hof volgt Vitens niet in dat betoog. Vitens heeft niet gesteld, noch is anderszins gebleken dat Vitens de eigenaren/bewoners van de op het WKO-systeem aangesloten woningen in november 2010, respectievelijk december 2011 heeft geïnformeerd dat zij energie deels, respectievelijk geheel zou leveren op een wijze die afwijkt van wat volgens de overeenkomst tot energielevering met de WKO-installatie was bedoeld. Uit het dossier kan niet worden afgeleid dat Vitens vóórdat zij in november 2010 met een conventionele installatie ging bijstoken met de bewoners van De Teuge overleg erover heeft gehad dat en waarom moest worden bijgestookt. Dit wordt ondersteund door de door Vitens niet weersproken verklaring ter comparitie van de zijde van de bewoners (de heer [bewoner 16] ) dat zij Vitens tijdens het overleg op 14 juli 2011 hebben gevraagd waarom eigenlijk moest worden bijgestookt. Dat Vitens voor november 2010, onderscheidenlijk december 2011 hun instemming voor die wijziging

heeft gevraagd en verkregen is evenmin gebleken. Maar ook als dat overleg wel zou hebben plaatsgevonden en de bewoners ermee hebben ingestemd om bij te stoken, laat dit onverlet dat zij wat betreft de levering van energie op dat moment volledig van Vitens afhankelijk waren: door het kettingsbeding waren zij geheel en uitsluitend op het WKO-systeem van Vitens aangewezen en hadden zij daarvoor geen alternatief. Naar het oordeel van het hof brengt dit mee dat de instemming van de bewoners met de door Vitens gestelde wijziging van de overeenkomst niet kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat zij (stilzwijgend, door betaling van de eerste desbetreffende factuur) hebben aanvaard dat Vitens - in ieder geval - warmte is gaan leveren op een andere wijze dan is overeengekomen, noch dat de bewoners hun rechten op levering van energie zoals is overeengekomen hebben verwerkt.

#### 4.22

Uit de hiervoor aangehaalde verklaringen en gedragingen van Vitens tegenover de gemeente Zutphen, de bouwers van de woningen en de bewoners over het WKO-systeem voordat de woningen in De Teuge I respectievelijk II waren gerealiseerd en haar mededelingen aan de gemeente Zutphen en de bewoners nadat de problemen met de WKO-installatie aan het licht kwamen en de rapporten waarop Vitens zich daarbij heeft gebaseerd, volgt dat ook in de opvatting van Vitens zelf uit de overeenkomst tot levering van energie voor haar tegenover de bewoners tevens de verplichting voortvloeide om koeling te leveren. Daarbij betreft het hof dat de koelfunctie een integrerend onderdeel en een kenmerkende eigenschap van een deugdelijk functionerend WKO-systeem is en daaraan in ieder geval inherent is. Gemeten over een bepaalde periode dient de hoeveelheid warmte die voor levering aan de woningen aan de bodem wordt onttrokken immers in evenwicht te zijn met de hoeveelheid warmte die in de bodem wordt teruggevoerd. Dat doel kan niet worden gerealiseerd zonder de koelfunctie van het WKO-systeem, waarmee de in de bodem terug te voeren hoeveelheid warmte aan de woningen wordt onttrokken. De koelfunctie was volgens Vitens bovendien een meerwaarde van het WKO-systeem, die benadrukt moest worden om een negatieve sfeer rond aardwarmte te voorkomen (zie 2.12). Daarmee strookt dat zij in haar verweer bij de Geschillencommissie en haar brief van 26 september 2012 heeft geschreven dat het systeem ook wordt gebruikt voor het koelen van de woningen en dat koeling van de woning “helaas” niet meer mogelijk is (zie 2.22, 2.25).

#### 4.23

De Stichting heeft gesteld dat de prijs voor de aansluiting op het WKO-systeem en het energieverbruik redelijk dienen te zijn. Uit het betoog van Vitens dat de rechtbank niet heeft vastgesteld dat de door Vitens berekende prijs onredelijk is en dat de door haar berekende prijs niet het maximale bedrag is wat zij zowel voor als na inwerkingtreding van de Warmtewet en de onder die wet geldende maximumtarieven in rekening had mogen brengen (memorie van antwoord, onder 55, 60 en volgende), begrijpt het hof dat ook Vitens dat standpunt huldigt.

#### 4.24

De Stichting heeft voorts gesteld dat Vitens tekortgeschoten is in haar verplichting om

mee te werken aan de overgang op gas als het WKO-systeem niet blijkt te werken. Dit standpunt vooronderstelt dat Vitens een dergelijke verplichting op zich heeft genomen. Het hof volgt [de bewoners] daarin niet. Dat Vitens zich bij de (mondelinge) overeenkomst tot energielevering of op een ander moment tegenover de eigenaren ook heeft verplicht om voor haar rekening de overgang van de afzonderlijke bewoners op een gasaansluiting te realiseren indien het WKO-systeem niet zou blijken te werken, volgt niet uit het dossier. Daaruit kan naar het oordeel van het hof slechts worden afgeleid dat Vitens heeft aangeboden om over te gaan naar verwarming door aardgas (“verketeling”) nadat het principe van een collectief WKO-systeem was verlaten (zie 2.29, 2.30, 2.32, 2.33). Feiten en omstandigheden die, indien bewezen, tot een andere conclusie leiden, hebben [de bewoners] niet gesteld en zijn ook anderszins niet gebleken.

#### 4.25

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de eigenaren op grond van de overeenkomst tot energielevering in redelijkheid mochten verwachten dat deze Vitens verplichtte om hen via de WKO-installatie aardwarmte en koude/koeling tegen een redelijke prijs te leveren.

Verplichting tot levering van energie: toerekenbare tekortkoming en/of verzuim van Vitens?

#### 4.22

Blijkens het memo van B&W van Zutphen van 16 oktober 2010 (zie 2.17) werd in 2007 voor het eerst een hoog energieverbruik gemeld en is de door Vitens in mei 2009 voorgenomen verkoop wegens onbalans van het WKO-systeem (in de winter een hoger energieverbruik dan berekend, in de zomer minder koeling dan voorzien) niet doorgezet. In mei 2009 wordt gemeld dat in De Teuge II het energieverbruik veel hoger is dan eerder was aangegeven en worden klachten geuit over het comfort en geluidsoverlast. Naar aanleiding van onderzoek en een door haar ingediend herstelplan heeft Vitens desverzocht toegezegd dat plan “zodanig aan te passen dat er uitzicht is op een oplossing voor de gehele wijk.”

#### 4.23

TNO heeft in haar rapport van 20 april 2011 geconcludeerd dat de grootste knelpunten voor het WKO-systeem liggen bij het bronsysteem, waarvan zij als voorbeeld onder meer de structurele onbalans in de bodem en een onherstelbare bronverstopping bij vier van de vijf bronnen noemt (zie 2.20). Volgens TNO vereist oplossing van deze problemen forse aanpassingen en investeringen, waarbij het de vraag is of die inspanning opweegt tegen het resultaat. Als gevolg van die problemen heeft Vitens de overeengekomen energie (aardwarmte en koeling) vanaf november 2010 deels en vanaf december 2011 in het geheel niet meer geleverd met de WKO-installatie zoals dat was voorzien en bedoeld, maar door bij te stoken met behulp van een conventionele installatie. In oktober 2010 en in april 2011 was blijkens de contacten met de gemeente Zutphen en het TNO-rapport de mogelijkheid nog aanwezig dat herstel van het WKO-systeem tot een goed functionerend systeem zou plaatsvinden (zie 2.18, 2.20).

#### 4.24

In een overleg op 14 juli 2011 tussen Vitens, de gemeente Zutphen en de Belangenvereniging de Teuge is aan de orde geweest dat het principe van een collectief WKO-systeem wordt verlaten. Tevens is bij die gelegenheid besproken dat een fonds wordt gevormd waaruit de overgang naar “verketeling” (aansluiting op het aardgasnet en plaatsing van een cv-ketel) of een evenredig geldbedrag waarmee de bewoners een individuele warmtevoorziening in de vorm van bijvoorbeeld een individuele WKO-installatie naar keuze van de bewoners bekostigd kan worden. De infiltratiebronnen zijn in mei 2012, althans uiterlijk per 1 juli 2012 afgeschakeld (zie 2.34, 2.35).

#### 4.25

In de klachtprocedure bij de Geschillencommissie Energie & Water heeft Vitens bevestigd dat het systeem niet meer volledig kan functioneren doordat de filters onderin de winputten zijn dichtgeslibd, dat dit niet kan worden gerepareerd en dat alleen de aanleg van nieuwe putten “een mogelijkheid voor herstel” biedt. Zij heeft voorts meegedeeld dat zij op dat moment al enige tijd met een conventionele installatie de benodigde warmte aanbiedt. In dat verband heeft zij onderkend dat dit “een drama voor de bewoners” is en zij “met de brokken zitten”, omdat zij worden geconfronteerd met storingen in de warmtepompen en dat de warmtevoorziening en de behaaglijkheid van de woningen veel meer vereist dan het instellen van de thermostaat. Volgens Vitens geldt “voor het project als totaal” dat de verwachtingen en uitgangspunten van het WKO-systeem bij de exploitatie niet zijn uitgekomen. Na raadpleging van deskundigen en bestuurders heeft zij de conclusie getrokken, “dat de optredende problemen zodanig groot zijn dat herstel tot de oorspronkelijke uitgangspunten niet reëel is en bovendien niet betaalbaar.” Ook in haar brief aan 151 bewoners van 26 september 2012 heeft zij erkend dat de WKO-installatie niet meer naar behoren functioneert en zij warmte levert door middel van een vervangende stookinrichting waarbij koeling niet meer mogelijk is.

#### 4.26

Het voorgaande leidt mede gezien de eigen stellingen van Vitens (conclusie van antwoord, onder 34) tot de conclusie dat Vitens vanaf november 2010, toen zij de energie niet meer leverde met louter warm water afkomstig uit de winputten, maar met water dat zij verwarmde door met behulp van een conventionele installatie bij te stoken, niet meer de energie heeft geleverd die [de bewoners] op grond van de overeenkomst tot energielevering met toepassing van dat systeem mochten verwachten, te weten aardwarmte en koeling. De bewoners ontvingen geen “WKO-warmte” meer, maar “conventionele warmte” en de verstopping van de bronfilters was een probleem van Vitens zelf (memorie van antwoord, onder 12 respectievelijk 51). Naar het hof begrijpt, was levering van koeling/koude toen in het geheel niet meer mogelijk was (zie 2.24, 2.25). Uit de mededelingen van Vitens in onderling verband en samenhang bezien, evenals haar desbetreffende stelling (memorie van antwoord, onder 12), ligt de oorzaak van het niet functioneren van het WKO-systeem in de voor alle bewoners op dezelfde wijze geldende omstandigheid dat de winputten zijn dichtgeslibd, waardoor zij door middel van het WKO systeem niet meer de energie kon leveren waartoe zij zich

contractueel had verplicht. Voor zover Vitens (ter comparitie) heeft betoogd dat dit haar niet kan worden toegerekend omdat de putten zijn dichtgeslibd door de te grote (warmte)vraag vanuit de woningen, kan dat betoog haar niet baten. Nadat BAM de WKO-installatie in opdracht van de rechtsvoorganger van Vitens had ontworpen en aangelegd (zie 2.5, 2.6 - de considerans onder j. en artikel 1.1 van het Convenant) heeft Vitens de WKO-installatie geëxploiteerd en in dat kader met de verschillende eigenaren/bewoners de hier aan orde zijnde mondelinge overeenkomst tot energielevering gesloten. Hoewel in de aanloop naar het Convenant vanuit - voornamelijk - financiële overwegingen is besloten om de initieel voor de woningen geadviseerde voorzieningen als een zonneboiler en PV-installatie achterwege te laten (zie 2.4, 2.5), is de hoeveelheid af te nemen aardwarmte in die overeenkomsten met de bewoners echter niet gemaximeerd (zie 2.23). Evenmin is gesteld of gebleken dat de eigenaren in redelijkheid hadden moeten begrijpen dat de af te nemen hoeveelheid aardwarmte aan een maximum was gebonden. Gelet op de verplichting van Vitens om te zorgen voor een betrouwbare energievoorziening, die naast de levering van energie ook inhoudt dat zij het WKO-systeem zodanig diende aan te (laten) leggen en te exploiteren, onderhoud daaronder begrepen, dat zij daarmee de overeengekomen energie (aardwarmte en koeling) aan de woningen in De Teuge kan leveren (zie ook 4.11), is het dichtslibben van de winputten dan een omstandigheid die in haar rechtsverhouding tot de eigenaren voor rekening en risico van Vitens komt. Dat betekent dat in haar verhouding tot de eigenaren vanaf november 2010 sprake is van niet-nakoming door Vitens van haar verbintenis uit de overeenkomst tot energielevering bestaande uit aardwarmte en koude/koeling zoals deze met de WKO-installatie was bedoeld en voorzien (zie 4.20 - 4.22). Anders dan Vitens heeft gesteld (memorie van antwoord, onder 11 en volgende), doet daaraan niet af dat de ene bewoner geen problemen heeft ondervonden of meer dan een andere, nu dit een omstandigheid is die speelt bij de beantwoording van de vraag of, en zo ja in hoeverre de eigenaren/bewoners als gevolg van die tekortkoming individueel voor vergoeding in aanmerking komende schade hebben geleden.

#### 4.27

Vitens is met de nakoming van die verplichting tevens in verzuim. Naar het oordeel van het hof is dat het geval vanaf de constatering tijdens de bijeenkomst tussen Vitens en onder anderen een vertegenwoordiging van de bewoners op 14 juli 2011 dat het principe van collectieve WKO wordt verlaten (zie 2.21). Daarin ligt de verklaring besloten waaruit de eigenaren moesten afleiden dat Vitens in de nakoming van haar verplichting om de energie (aardwarmte en koude/koeling) te leveren tekort zal schieten, in welk geval het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt. Zoals Vitens zelf ook heeft bevestigd in haar reactie van 26 september 2012 op de brief van 151 bewoners was levering van koeling immers niet meer mogelijk vanaf het moment dat Vitens water leverde dat volledig was verwarmd met een conventionele verwarmingsinstallatie, wat leidde tot onder meer storingen in de waterpompen (zie 2.24, 2.25).

#### 4.28

De Stichting heeft met haar 'grief 3' en de toelichting daarop betoogd dat Vitens al veel

eerder dan vanaf december 2011, te weten vanaf de ingebruikname van het systeem op meerdere punten ernstig tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen. In dat verband heeft de Stichting gesteld dat Vitens bij zowel het ontwerp als de uitvoering en exploitatie heeft gefaald. Al snel na oplevering van De Teuge I bleek dat de werkelijkheid niet overeenkwam met de uitgangspunten. Er waren veel problemen met de individuele warmtepomp en het voorzien van de bewoners van De Teuge I van (tap)water op de gewenste temperatuur, er is ondanks een daartoe strekkend advies nooit onderzoek gedaan naar de balans tussen warmtevraag en warmteaanbod, bij de aanleg en in de exploitatie zijn fouten gemaakt onder meer doordat bronnen niet op juiste diepte zijn geslagen, leidingen te ondiep zijn gelegd en daarvoor een ongeschikte buis is gebruikt, vanaf het begin niet is voldaan aan de voorgeschreven energiebalans, en er verschillende lekkages zijn opgetreden, aldus steeds de Stichting.

#### 4.29

Het hof volgt de Stichting niet in haar stelling. Uit het dossier volgt dat de bewoners van De Teuge I in het begin klachten hebben geuit over geluidsoverlast en de bediening van het systeem, die grotendeels zijn verholpen, en dat in 2007 een hoog energieverbruik is gemeld. In 2009 hebben bewoners van De Teuge II geklaagd over de energievoorziening in de woning, over het comfort en geluidsoverlast en een veel hoger energieverbruik dan eerder was aangegeven. Vitens heeft echter - ook in hoger beroep - onvoldoende weersproken aangevoerd dat het verhelpen van de storingen die zich voor december 2011 in de WKO-installatie hebben voorgedaan voor haar rekening zijn uitgevoerd (conclusie van antwoord, onder 14; memorie van antwoord, onder 54 en volgende; notitie van mrs. Baneke en Bindels ter comparitie in hoger beroep, onder 2). Het moet er daarom voor worden gehouden dat Vitens bedoelde klachten heeft verholpen, waarbij het hof opmerkt dat niet is gesteld of gebleken dat Vitens ter zake van de hier bedoelde klachten in gebreke is gesteld.

#### 4.30

Vitens heeft nog aangevoerd dat het verzuim sinds september 2012 is opgeheven doordat de bewoners op dat moment hebben besloten tot halvering van de betaling van het vastrecht en sindsdien nimmer bij Vitens hebben aangedrongen op herstel van het WKO-systeem. Herstel was wel degelijk mogelijk, maar Vitens is daartoe niet overgegaan omdat de bewoners steeds meedeelden daarin alleen vertrouwen te hebben als Vitens of een andere partij ook de installaties in de woningen zou gaan beheren. Omdat Vitens daartoe niet bereid of verplicht was, moesten partijen gezamenlijk vaststellen dat onder de bewoners geen draagvlak bestond voor herstel van het WKO-systeem. Bovendien heeft de gemeente Zutphen herstel gefrustreerd, zodat van Vitens in redelijkheid niet kan worden verlangd om verdere stappen te nemen tot zeer kostbaar herstel van het WKO-systeem (conclusie van antwoord, onder 39 - 41).

#### 4.31

Het hof verwerpt het standpunt van Vitens. De omstandigheid dat de bewoners vanaf september 2012 de helft van het vast recht zijn gaan betalen, brengt niet mee dat het verzuim van Vitens daarmee eindigt. Zoals Vitens ook zelf heeft aangevoerd, kon de



overeengekomen energie niet meer worden geleverd doordat de winputten waren dichtgeslibd. De eigenaren waren gedwongen om de overeenkomst tot levering van energie via het door, dan wel in opdracht van Vitens aangelegde stelsel van winputten en leidingnet met Vitens te sluiten. Van belang is dan dat Vitens in het overleg met de gemeente Zutphen in 2010 heeft toegezegd haar herstelplan zodanig aan te passen dat er uitzicht is op een oplossing voor de gehele wijk (zie 2.18). Blijkens het TNO-rapport van 20 april 2011 liggen de grootste knelpunten bij het bronsysteem (zie 2.20). Het verslag van het overleg tussen Vitens, een vertegenwoordiging van de bewoners en de gemeente Zutphen op 14 juli 2011 vermeldt dat het principe van een collectief WKO-systeem wordt verlaten (zie 2.21). Volgens haar verweer in de procedure bij de Geschillencommissie Energie & Water in juni 2012 biedt alleen de aanleg van nieuwe winputten een “mogelijkheid voor herstel”, maar heeft zij na uitvoerige raadpleging van deskundigen en bestuurders geconcludeerd dat de problemen zodanig groot zijn dat herstel tot de oorspronkelijke uitgangspunten niet reëel is en bovendien niet betaalbaar (zie 2.22). Voorts hebben 151 bewoners Vitens op 10 september 2012 in gebreke gesteld “wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming, zoals al eerder is gedaan in een schrijven van RWV Advocaten te Leiden van 25 augustus 2012.” en daarbij opgemerkt dat zij tot dusver aan hun betalingsverplichting hebben voldaan in de verwachting dat “op korte termijn de WKO hersteld zal worden dan wel een adequate warmtevoorziening daarvoor in de plaats komt.” (zie 2.24). Uit het verloop van de feiten volgt dat Vitens in juni 2013 aan de individuele bewoners heeft meegedeeld dat het traject voor herstel van de WKO installatie is ingezet en dat herstel volgens haar een reële en goede oplossing is (zie 2.28, 2.29). Bij deze stand van zaken lag het op de weg van Vitens om te onderbouwen hoe en op welke termijn zij de WKO-installatie zodanig zou herstellen dat zij weer aardwarmte en koeling kon leveren zoals overeengekomen en dat zij daartoe ook daadwerkelijk bereid en in staat was. Dat heeft Vitens echter niet gedaan. Zij heeft niet gesteld noch is anderszins gebleken dat de bewoners in september 2012 zodanig waren geïnformeerd over de door haar gedachte en toegezegde oplossing voor het herstel van het WKO-systeem in de gehele wijk en de termijn waarop dit zou worden gerealiseerd, dat de eigenaren/bewoners een redelijke inschatting konden maken of ná herstel de overeengekomen energie wel behoorlijk geleverd zou worden. De e-mail van Vitens aan een nieuwe bewoner van De Teuge van 5 juni 2013 dat zij nog geen duidelijkheid over de oplossingsrichting kon geven (zie 2.27) duidt daar eveneens op. De hiervoor genoemde mededelingen van Vitens kunnen zonder nadere toelichting, die ontbreekt, dan ook niet worden aangemerkt als een - rechtens relevant - aanbod om haar verplichting tot levering van aardwarmte en koeling alsnog behoorlijk na te komen. Evenmin kan de omstandigheid dat bij de bewoners geen draagvlak voor herstel bestond, worden geduid als een weigering om de overeengekomen energie af te nemen, noch is het anderszins een beletsel voor Vitens om, indien zij dit wenste, tot herstel over te gaan door nieuwe bronnen te slaan. Ook indien bij wijze van veronderstelling met Vitens wordt aangenomen dat de gemeente Zutphen het herstel heeft gefrustreerd, leidt dat niet tot een andere uitkomst. De handelwijze van de gemeente Zutphen als de

contractuele wederpartij van Vitens bij het Convenant levert in de verhouding tussen Vitens en de eigenaren niet een zodanig beletsel op. Meer of andere feiten die, indien bewezen, tot de door Vitens bepleite conclusie leiden zijn niet gesteld noch gebleken.

#### 4.32

Het voorgaande betekent dat de verklaring voor recht dat Vitens toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van op haar jegens de eigenaren/bewoners rustende verplichtingen kan worden toegewezen, zij het voor een beperktere periode dan de Stichting heeft gevorderd, namelijk vanaf 14 juli 2011.

Ten aanzien van de schade

#### 4.33

De Stichting heeft in het kader van haar grief 1A betoogd dat verwijzing naar de schadestaatprocedure wel gevorderd kan worden, nu daarvoor blijkens de jurisprudentie (HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR: 2015:760) slechts het vereiste geldt dat het bestaan van schade aannemelijk is en dat gezien het individuele karakter van de te voeren schadestaatprocedure iedere bewoner juist in die procedure zijn schade kan onderbouwen.

#### 4.34

Het hof overweegt als volgt. Een dergelijke vordering strekt tot schadevergoeding in geld. Voor zover de Stichting deze vordering instelt op de voet van artikel 3:305a BW staat het derde lid van die bepaling, mede gelet op hetgeen onder 4.5 tot en met 4.8 is overwogen, aan een dergelijke vordering in de weg. Ondersteuning hiervoor vindt het hof in het betoog van de Stichting ter comparitie dat thans uiteraard niet met zekerheid valt te zeggen dat alle bewoners dezelfde schade hebben geleden, maar dat de schadecomponenten voor alle bewoners gelden. Daarbij komt, en dat geldt ook indien en voor zover de Stichting heeft bedoeld te betogen dat zij tevens als formele procespartij, in haar hoedanigheid van gemachtigde van de individuele bij haar aangesloten eigenaren/bewoners (de materiële procespartijen) schadevergoeding op te maken bij staat vordert, dat uit het rapport van Nieman (zie 2.30) niet kan worden afgeleid wie van de bij de Stichting aangesloten eigenaren/bewoners mogelijk schade heeft geleden die het bedrag van € 4.500,- te boven gaat. De Stichting heeft ook ter comparitie niet met cijfers per individuele volmacht gevende eigenaar/bewoner toegelicht dat die mogelijkheid voor ieder van hen aannemelijk is. Deze vordering zal dan ook worden afgewezen, wat onverlet laat dat eigenaren in vervolg op de toe te wijzen verklaring voor recht dat Vitens toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van op haar jegens de eigenaren/bewoners rustende verplichtingen in een (vervolg)procedure de vergoeding vorderen van de schade die zij elk voor zich stellen te hebben geleden als gevolg van het falen van het collectieve WKO-systeem (zie 4.5 - 4.9).

Ten aanzien van het vastrecht

#### 4.35

Met haar 'grieven' 5 en 11 en de toelichting daarop betoogt de Stichting dat de eigenaren

ter zake van vast recht minder dan het door Vitens gevorderde bedrag verschuldigd is. Voorts heeft de Stichting gesteld dat de buitensporige energielasten bestaande uit torenhoge elektriciteitsrekeningen en een vast recht dat meer dan twee maal het daarvoor in redelijkheid door de ACM vast te stellen maximale tarief bedraagt een belangrijk deel van de door de eigenaren/bewoners geleden schade zijn. De bewoners van De Teuge mochten er gezien het hoofddoel van de WKO-installatie (minder energie verbruiken) van uitgaan dat zij minder en in ieder geval niet meer stookkosten zouden hebben dan bij gebruik van een conventioneel systeem. Vitens handelt in strijd met de op 1 januari 2014 in werking getreden Warmtewet doordat zij over de jaren 2014 en 2015 per jaar € 600,- aan vast recht in rekening heeft gebracht waar zij voor 2014 € 254,- en voor 2015 € 281,78 in rekening had mogen brengen. Derhalve is de overeenkomst nietig voor zover deze de jaren 2014 en 2015 betreft. De bewoners hebben uit deze tarieven afgeleid dat het vast recht dat Vitens vóór de invoering van de Warmtewet in rekening bracht ook onredelijk hoog was. Het gemiddelde vast recht over de jaren 2014 tot en met 2015 bedraagt € 270,64 en Vitens had tot december 2011, het moment dat zij toerekenbaar tekort schoot in haar verplichting uit de overeenkomst met de bewoners, in alle redelijkheid nooit meer dan dat bedrag in rekening mogen brengen. Zowel de teveel betaalde elektriciteit als gevolg van de gebreken van het systeem - na de overgang van het WKO-systeem op gas waren de elektriciteitskosten schrikbarend veel lager dan daarvoor - als het teveel in rekening gebrachte vastrecht vormen een onderdeel van de geleden schade en komen op grond van een toerekenbare tekortkoming dan wel onrechtmatige handelwijze van Vitens voor vergoeding in aanmerking (memorie van grieven, onder 114 - 140).

#### 4.36

Vitens heeft aangevoerd dat de Warmtewet ten aanzien van de periode vóór 1 januari 2014 geen rol kan spelen, omdat de maximumprijs toen niet toegepast hoefde te worden. Niet duidelijk is of de volgens de Warmtewet geldende maximumprijs kan worden toegepast op een systeem als het onderhavige dat inmiddels is opgeheven en in situaties waarin met de verbruikers andere afspraken zijn gemaakt. Ook indien de Warmtewet vanaf 1 januari 2014 van toepassing is, heeft Vitens niet teveel in rekening gebracht. Volgens het haalbaarheidsrapport werd uitgegaan van jaarverbruik van 20,9 gigajoule voor een gemiddelde woning en bij het jaarlijks door haar in rekening gebrachte bedrag (circa € 620,-) onder aftrek van het volgens de Warmtewet maximale vastrecht van een jaarverbruik van 15 gigajoule. In het geval zij gelet op de maximumprijs ingevolge de Warmtewet teveel in rekening zou hebben gebracht, heeft Vitens echter geen wanprestatie gepleegd noch onrechtmatig gehandeld. De Warmtewet kent geen bepaling dat een dergelijke overeenkomst nietig is. Ook vóór 1 januari 2014 was het vast recht niet onredelijk hoog of onrechtmatig. De eigenaren/bewoners hebben namelijk ook na de inzet van een stookketel via hun aansluiting laag temperatuur warm-water ontvangen. Dat rechtvaardigt niet dat zij minder vastrecht hoeven te betalen (memorie van antwoord, 71 - 82).

#### 4.37

Het hof overweegt als volgt. In de situatie dat de levering van energie en het beheer van

het distributienetwerk door dezelfde partij worden verricht, dient de afnemer naast de prijs voor de geleverde energie ook een tarief te betalen voor de aansluiting op het distributienetwerk. Naar de Stichting heeft gesteld en ook in het standpunt van Vitens besloten ligt (memorie van antwoord, onder 65, 68 en volgende), dient de prijs voor de aansluiting en het energieverbruik redelijk te zijn. In deze zaak is de prijs voor de geleverde energie nihil en brengt Vitens alleen voor de aansluiting op het WKO-systeem een vast bedrag in rekening. Zo wordt in april 2003 in de folder “Aardwarmte in De Teuge in Zutphen” daarvoor als reden genoemd dat het gebruik van de warmtepomp en de koeling vrijwel geen invloed heeft op de bedrijfsvoering (zie 2.11). Ook in de brief van 9 december 2005 wordt vermeld dat het daar genoemde maandbedrag van € 45,- (prijspeil 2001, fl. 99,16) geldt vanaf het moment dat de woning is aangesloten op het distributienetwerk en welk bedrag is gebaseerd op de totale kosten om het distributienetwerk inclusief de onttrekkings- of winputten te realiseren, welke kosten zijn gespecificeerd in bijlage 1 bij de brief van Vitens aan de gemeente Zutphen van 10 oktober 2001 (zie 2.13; memorie van grieven, productie 10). Voorts volgt uit de correspondentie tussen 151 bewoners en Vitens in september 2012 dat het vastrecht de aansluiting op de WKO installatie betreft en op dat moment € 55,- per maand bedraagt (zie 2.23 en 2.24). Uit een en ander kan slechts worden afgeleid dat de overeenkomst tot energielevering tussen partijen inhield dat de bewoners voor de aansluiting op het WKO-distributienetwerk een vast recht verschuldigd waren, dat na jaarlijkse indexering van het in 2001 geldende tarief van € 45,- in september 2012 € 55,- per maand bedroeg.

#### 4.38

De Stichting heeft de gevorderde verklaring tot vaststelling van het vastrecht voor de jaren waarop de eigenaren op het WKO-distributienetwerk aangesloten zijn geweest en de daarmee direct samenhangende vordering tot restitutie van hetgeen zij aan vast recht meer hebben betaald dan de voor de verschillende jaren vast te stellen bedragen gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming dan wel onrechtmatige daad van Vitens. De Stichting heeft echter niet onderbouwd dat en op welke grond(en) het in de overeenkomst tot energielevering afgesproken tarief voor vast recht een zodanige tekortkoming of onrechtmatige handelwijze tegenover de bewoners moet worden aangemerkt hoewel zij op dat distributienetwerk aangesloten zijn geweest. Anders dan de Stichting met de twee door haar voor de gevorderde verklaring voor recht gestelde grondslagen - kennelijk - beoogt, bieden die grondslagen geen ruimte om in te grijpen in een overeenkomst tussen Vitens en bij de Stichting aangesloten eigenaren of de gevolgen daarvan te wijzigen. Evenmin is gebleken dat de bewoners (partiële) ontbinding van de overeenkomst tot levering en ongedaanmaking hebben gevorderd. Nu de hiervoor bedoelde vordering tot restitutie hand in hand gaat met de gevorderde verklaring voor recht en eveneens op een toerekenbare tekortkoming dan wel onrechtmatige daad is gegrond, bestaat voor toewijzing van die vordering evenmin grond. Dat is niet anders doordat op 1 januari 2014 de Warmtewet in werking is getreden. De Warmtewet heeft geen terugwerkende kracht. Aan de Warmtewet ligt het Niet-Meer-Dan-Anders-beginsel ten grondslag. Dit geldt ook in situaties als de onderhavige waar de overeenkomst tot energielevering niet op schrift is gesteld. Het houdt in dat de maximumprijs voor warmte is gebaseerd op de integrale kosten die een

verbruiker zou moeten maken voor het verkrijgen van dezelfde hoeveelheid warmte bij het gebruik van gas als energiebron: een verbruiker die is aangesloten op een warmtenet betaalt voor zijn energieverbruik in principe niet meer dan een vergelijkbaar persoon die is aangesloten op een gasnet (Kamerstukken II 2005-2006, 29048, nr. 15, Toelichting, Onderdeel B). Daargelaten dat de Warmtewet een overeenkomst tot levering van warmte waarin een met dat beginsel strijdige tariefafspraken is opgenomen niet als (deels) nietig aanmerkt, heeft de Stichting te weinig gesteld om de conclusie te kunnen dragen dat Vitens hogere prijzen in rekening heeft gebracht dan wanneer sprake zou zijn geweest van aansluiting op het gasnet en levering van gas. De Stichting heeft geen concrete gegevens verstrekt over de (theoretische) prijs die de eigenaren voor de aansluiting op het gasnet en verbruik in 2014 en 2015 zouden hebben betaald. Ook indien bi wijze van veronderstelling met de Stichting wordt aangenomen dat het in rekening brengen van een te hoog bedrag aan vastrecht een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van Vitens zou opleveren, kan derhalve niet worden vastgesteld of de eigenaren meer hebben betaald aan vastrecht voor de aansluiting op het WKO-netwerk dan zij voor levering van gas via een aansluiting op het gasnet zouden hebben betaald. Daarbij komt dat de Stichting het haars inziens teveel betaalde vast recht aanmerkt als deel van de schade die de eigenaren als gevolg van de toerekenbare tekortkoming(en) van Vitens stellen te hebben geleden (zie 4.35; memorie van grieven, onder 116) en deze schade aan de orde zal kunnen komen in de eventuele (vervolg)procedures (zie 4.34). De gevorderde verklaring voor recht en restitutie zullen derhalve worden afgewezen.

## 5 De slotsom

---

### 5.1

Grief 1A slaagt voor zover de rechtbank heeft beslist dat de Stichting niet-ontvankelijk is. Het bestreden vonnis zal derhalve worden vernietigd en de gevorderde verklaring voor recht dat Vitens in de nakoming van haar verplichtingen jegens de bewoners toerekenbaar tekort is geschoten, zal worden toegewezen als na te melden.

### 5.2

Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof Vitens veroordelen in de kosten van beide instanties.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van de Stichting zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten € 77,52

- griffierecht € 608,--

totaal verschotten € 685,52

- salaris advocaat € 1.130,-- (2,5 punten x tarief € 452,-)

De kosten voor de procedure in het hoger beroep aan de zijde van de Stichting zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten € 94,19

- griffierecht € 711,00

totaal verschotten € 805,19

- salaris advocaat € 2.148,-- (2 punten x tarief € 1.074,-)

## 6 De beslissing

---

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, van 29 april 2015

en doet opnieuw recht:

verklaart voor recht dat Vitens vanaf 14 juli 2011 toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen jegens de door de Stichting vertegenwoordigde bewoners, vermeld op de als productie 1a bij memorie van grieven overgelegde lijst;

veroordeelt Vitens in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van de Stichting wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 685,52 voor verschotten en op € 1.130,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak in het hoger beroep vastgesteld op € 805,19 voor verschotten en op € 2.148,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. H. Manuel, F.J. de Vries en S.C.P. Giesen en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 24 december 2019.