Jurisprudentie energierecht 2020

Verslag NeVER bijeenkomst 17 december 2020

mr. S.M. Schipper[1]

Tijdens de digitale ledenbijeenkomst van 17 december 2020 is er – hoe kan het ook anders aan het einde van het jaar- terug geblikt op de energiejurisprudentie van 2020. Onder leiding van Iman Brinkman en Cees Verburg van Pels Rijcken, zijn verschillende uitspraken de revue gepasseerd. Hieronder wordt een kort verslag gegeven van hun presentatie tijdens het webinar. De presentatoren verzorgen ook de jurisprudentierubriek in het NTE, waar veel van de tijdens het webinar besproken uitspraken aan bod zijn gekomen. Naar de vindplaats daarvan wordt verwezen in de voetnoten in deze bijdrage.

1. Algemene terugblik op 2020

Nadat Martha Roggenkamp iedereen welkom heet onder het motto 'We gaan beginnen', wordt de middag ingeleid door Vincent Lindijer. Hij geeft aan dat 2020 in het algemeen een uitzonderlijk jaar was, en vraagt zich af of dit uitzonderlijke jaar ook op energiegebied tot uitzonderlijke jurisprudentie heeft geleid.

Iman Brinkman en Cees Verburg starten hun presentatie met dezelfde vraag, maar laten het antwoord daarop nog even in het midden. Zij lichten eerst toe wat zij verstaan onder 'energiejurisprudentie'. Dit betreft volgens hen een bonte verzameling aan uitspraken afkomstig van de civiele, bestuurs-, Europese, fiscale en strafrechter. Dat bijna alle rechters energierechtelijke uitspraken doen is niet zo vreemd, aangezien energie een basiselement is in de moderne samenleving. Onder de energiejurisprudentie kan dan ook een breed scala aan onderwerpen worden geschaard, zoals het recht op aansluiting, tariefregulering, de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet), Gaswet, Warmtewet en Mijnbouwwet, gaswinning en aardbevingsproblematiek, handhaving van de ACM, Europese jurisprudentie over energie-, duurzaamheids- en energiebesparingsrichtlijnen et cetera. Daar zijn de fiscale, straf- en omgevingsrechtelijke zaken nog niet eens bij inbegrepen.

In 2020 zijn er 102 uitspraken geweest die een waaier aan energierechtelijke thema's beslaan. Tijdens de bijeenkomst bespreken Iman Brinkman en Cees Verburg vijf thema's: (i) schaarse transportcapaciteit, (ii) de 'aansluiting' en de Wet Waardering onroerende zaken (hierna: Woz), (iii) de aansluittermijn, (iv) arresten van het Europese hof en (v) de verwijdering van de gasaansluiting.

2. De jurisprudentie

2.1. Schaarse transportcapaciteit

Het eerste thema dat aan bod komt – met daarbij twee reeds veelbesproken uitspraken - betreft de schaarse transportcapaciteit. Het regionale e-net raakt steeds voller, dat komt met name doordat we decentraal duurzame energie opwekken en er steeds meer zonne- en windparken worden ontwikkeld. Iedereen die dat wenst heeft op grond van art. 23 en 24 E-wet recht op een aansluiting en op transportcapaciteit. Het uitbreiden van de capaciteit of het toepassen van congestiemanagement is niet altijd mogelijk, waardoor er capaciteitsschaarste ontstaat en capaciteitsschaarste leidt tot geschillen. Wat moet de netbeheerder (en de rechter) doen als het net vol is? Dit wordt geïllustreerd aan de hand van de Schenkeveld- en Pottendijk-zaken.

In de Schenkevelduitspraak staat de volgende situatie centraal. Liander honoreert aanvankelijk het verzoek van Schenkeveld, een tuinbouwonderneming in de Haarlemmermeer, om transportcapaciteit op onderstation Haarlemmermeer. In het gebied zijn er verschillende datacenters die veel transportcapaciteit op hetzelfde station vragen. Liander vraagt Schenkeveld of hij extra capaciteit wil, maar daar is op dat moment geen behoefte aan. Ondertussen raakt het onderstation vol en Liander vraagt ontheffing van de ACM om de storingsreserve los te laten en zo de datacenters meer capaciteit te kunnen geven. Nadat dit is gebeurd, wil ook Schenkeveld extra transportcapaciteit. Dit wordt door Liander geweigerd, omdat er geen capaciteit meer beschikbaar is. Geen van de aangeslotenen heeft in-

1. Sanne Schipper is advocaat bij AKD. N.V. te Breda.

teresse om transport vrij te geven en Schenkeveld start een kort geding om een uitbreiding van zijn aansluiting en transportcapaciteit te verkrijgen.
De voorzieningenrechter stelt dat de eerdere contractering van de beschikbare transportcapaciteit door andere afnemers geen reden is voor weigering van transportcapaciteit. Sterker nog, de voorzieningenrechter vindt dit een schending van het discriminatieverbod. Onder verwijzing naar de uitspraak van het CBb uit 2013 stelt de voorzieningenrechter dat het beginsel *'first come, first served'* hier niet geldt en dat Liander niet heeft aangetoond dat congestiemanagement onmogelijk is.[2] Liander gaat in beroep, maar vist ook bij het Hof achter het net. Het Hof oordeelt namelijk dat het verzoek van Schenkeveld niet leidt tot een inbreuk op de bestaande rechten van de andere afnemers op onderstation Haarlemmermeer. Liander kan het verzoek om transportcapaciteit alleen weigeren als zij 'redelijkerwijs geen capaciteit' heeft. Dit blijkt echter niet uit de onderzoeken die Liander heeft overgelegd. Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat Liander aan Schenkeveld de gevraagde transportcapaciteit moet aanbieden.[3]
In de Pottendijkzaak speelt er een vergelijkbaar probleem, maar komt het uiteindelijk tot een andere uitkomst. Pottendijk wil een aansluiting van 60 MVA en 60 MW aan transportcapaciteit. Enexis weigert de transportcapaciteit omdat zij die niet beschikbaar heeft, althans contractueel al aan andere partijen heeft vergeven. Enexis is wel bereid om de gevraagde aansluiting te realiseren, mits Pottendijk akkoord is met het feit dat zij geen capaciteit krijgt. Pottendijk is hier uiteraard niet mee akkoord en start een kort geding.
De voorzieningenrechter oordeelt dat het recht op aansluiting uit art. 23 E-wet absoluut is. Enexis mag daaraan niet de voorwaarde verbinden dat er wordt afgezien van capaciteit. De voorzieningenrechter stelt dat het beginsel *'first come, first served'* in strijd is met het discriminatieverbod uit art. 24 lid 3 E-wet. Enexis mag pas transportcapaciteit weigeren als alle alternatieven zijn uitgeput. Enexis wordt opgedragen om Pottendijk een aansluiting en transportcapaciteit aan te bieden.[4]
Ook hier gaat de netbeheerder in hoger beroep, ditmaal met meer succes. Het Hof oordeelt namelijk dat de verplichting van Enexis om een aansluiting te realiseren, los staat van de verplichting om transportcapaciteit aan te bieden. Enexis heeft inmiddels aangetoond dat er onvoldoende capaciteit beschikbaar is en zij mag de transportcapaciteit die zij beschikbaar heeft verdelen op volgorde van aanvraag. Enexis moet daarbij kijken naar de veiligheid en betrouwbaarheid van het net. Anders dan in Schenkeveld, wijst het Hof de vorderingen van Pottendijk af en het beginsel van *'first come, first served'* blijft in stand.[5]
Interessant is dat beide hoven een tegenovergestelde conclusie hebben getrokken. Dit zou kunnen komen door een verschil in feiten, maar waar dit verschil ligt volgt niet duidelijk uit de uitspraken. Desalniettemin zijn het interessante uitspraken waarover niet alleen tijdens het webinar door de leden veel wordt gesproken. Ook in verschillende kamerbrieven zijn de uitspraken namelijk aan de orde geweest. Inmiddels is bekend dat Liander in cassatie is gegaan tegen het arrest van het Hof in de Schenkeveld-zaak. Er is geen cassatie ingesteld in de Pottendijk-zaak.

2.2. De 'aansluiting' en de Wet Waardering onroerende zaken ('Woz')

Bij het tweede thema staat de uitspraak van het CBb inzake Nij Altoenae centraal, waarin het CBb terug komt van een eerdere uitspraak uit 2011.[6] Sinds die uitspraak is het vaste praktijk dat de Woz-beschikkingen van het college van B&W bepalend zijn voor het afbakenen van een Woz-object. Dit is relevant voor het bepalen van de vraag of er sprake is van een plicht tot het realiseren van een aansluiting. Hierdoor is er ook regelmatig sprake van het opknippen van Woz-objecten, zodat er meerdere kleine – en goedkope – aansluitingen kunnen worden aangevraagd, in plaats van één grote.
In de Nij Altoenae-zaak was er sprake van een coöperatie, die zonnepanelen op dak had met verschillende opstalrechten en drie Woz-objecten. Voor deze die Woz-objecten wilde de coöperatie verschillende kleinverbruikersaansluitingen aanvragen. Liander weigerde om een tweede kleinverbruikersaansluiting te realiseren en de ACM oordeelde in 2018 in een geschilbesluit dat Liander hiermee in strijd handelde met haar aansluitplicht uit art. 23 E-wet. Nadat A-G Wattel een conclusie heeft uitgebracht in deze zaak gaat het CBb 'om' en wijkt het af van de eerdere lijn uit 2011. Het CBb stelt namelijk dat er niet alleen moet worden gekeken naar de afbakeningen zoals blijkt uit de Woz-beschikkingen, maar ook naar de feitelijke omstandigheden van het geval. Aan de Woz-beschikking kan overigens wel een weerlegbaar bewijsvermoeden worden ontleend voor de aansluitplicht van netbeheerders en de CBb geeft een stappenplan om het Woz-object af te bakenen.[7]

2.3. De aansluittermijn

Dat art. 23 E-wet verschillende partijen heeft verdeeld in 2020 blijkt ook uit het volgende thema dat wordt besproken, namelijk de aansluittermijn uit art. 23 lid 3 E-wet. Op grond van voornoemde be-

2. Rechtbank Gelderland 16 april 2019, NTE 2019/31.
3. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, NTE 2020/46 (Liander/Schenkeveld).
4. Rechtbank Oost-Brabant 12 september 2019, NTE 2019/55.
5. Hof Den Bosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411 (Enexis/Pottendijk).
6. CBb 13 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3485.
7. CBb 2 juni 2020, NTE 2020/68 (Coöperatie Nij Altoenae Energie Neutraal 2010 U.A./Liander).

paling wordt een aansluiting gerealiseerd binnen een redelijke termijn. Deze termijn is in ieder geval verstreken wanneer de aansluiting niet binnen achttien weken na aanvraag is gerealiseerd. Deze termijn wordt in de praktijk met enige regelmaat overschreden, maar de norm wordt zowel bij de civiele als bestuursrechter ingeroepen als gehandhaafd.

In de procedure tussen Coöperatie Cohesie Heiloo U.A. tegen Liander N.V. heeft het CBb bepaald dat de tenzij-clausule zoals neergelegd in art. 23 lid 3 sub b E-wet, niet van toepassing is op aansluitingen tot 10 MVA zoals genoemd in art. 23 lid 3 sub a E-wet. In dit geval was er sprake van een aansluiting voor zon op dak die pas na 37 weken werd gerealiseerd. Liander stelde zich op het standpunt dat haar in redelijkheid niet kon worden verweten dat de aansluiting niet binnen achttien weken was gerealiseerd. Het CBb ging hier niet in mee en gaf aan dat de E-wet niet de ruimte biedt aan de netbeheerder om af te wijken.

Zoals gezegd worden vergelijkbare vragen ook voorgelegd aan de civiele rechter, zoals blijkt uit de zaak tussen Nedcool en Liander. Nedcool heeft een verzwaarde aansluiting – onder de 10 MVA - nodig voor haar koelhuis. In eerste aanleg oordeelde de voorzieningenrechter dat de aansluitverplichting ook strekt tot het verzwaren van een aansluiting binnen achttien weken en dat Liander zich niet kon beroepen op overmacht.[8] Het Hof oordeelde eveneens dat de achttienwekentermijn rigide moet worden toegepast.[9] In de conclusie van A-G Drijber wordt het kader nog eens helder uiteen gezet, waarna de A-G onder verwijzing naar de voornoemde uitspraak van het CBb concludeert dat er geen reden is om af te wijken van de achttienwekentermijn.[10]

2.4. Enkele arresten van het Europese hof

Hoewel er in 2020 veel Europese jurisprudentie is verschenen, bijvoorbeeld over interconnectoren en situaties op de Balkan, houdt Iman Brinkman het tijdens de bijeenkomst dichter bij huis met een tweetal uitspraken over geschilbeslechtingsprocedures. Dit betreft de uitspraken Energiavirasto en ACM/Crown Van Gelder. Deze uitspraken gaan allebei over het partijbegrip uit art. 37 lid 11 van de Derde Elektriciteitsrichtlijn (hierna: de E-richtlijn).

De Finse zaak Energiavirasto gaat over een geschil tussen een consument en een regionale netbeheerder, die heeft geleid tot een nationale klachtprocedure bij de Finse ACM. De consument gaat in beroep tegen het besluit in de klachtprocedure en de Finse bestuursrechter stelt de prejudiciële vraag of de consument wel een 'partij' is. Het HvJEU oordeelt dat art. 37 van de E-richtlijn lidstaten veel ruimte geeft. Ze mogen geschillen opdragen aan andere instanties. Lidstaten hoeven consumenten niet als 'partij' aan te merken, mits er is voorzien in een andere mogelijkheid om een consumentengeschil voor te leggen. Als ze dit doen en de consument niet als 'partij' aanmerken, hoeven ze consumenten ook niet het recht te verlenen om in beroep te gaan tegen een geschilbeslechtingsbesluit van de nationale regulerende instantie.[11]

De tweede uitspraak heeft een Nederlandse oorsprong en gaat eveneens over de geschilbeslechtingsprocedure. De aanleiding daarvoor is een onderbreking in de elektriciteitsvoorziening via het station Diemen van Tennet. Crown van Gelder heeft een papierfabriek die is aangesloten op het net van Liander. Door de onderbreking in het net van Tennet, heeft het net van Liander geen stroom en daardoor leidt Crown van Gelder schade. De ACM stelt zich op het standpunt dat Crown van Gelder geen partij is in de zin van de E-richtlijn, omdat zij niet rechtstreeks is aangesloten op het net van Tennet. Crown van Gelder gaat in beroep en het CBb stelt een prejudiciële vraag over de reikwijdte van het 'partij'- begrip van art. 37 lid 11 van de E-richtlijn. Het HvJEU oordeelt dat de ACM de klacht van een eindafnemer tegen de TSO niet mag afwijzen op grond van het feit dat die is aangesloten op het net van een DSO dat is aangesloten op het net van de TSO. Als een lidstaat de nationale regulerende instantie bevoegd maakt, mag deze die bevoegdheid niet beperken vanwege het ontbreken van een rechtstreekse band tussen de afnemer en de SO.[12]

2.5. De verwijdering van de gasaansluiting

De laatste uitspraak die wordt besproken betreft een zeer principiële kwestie die ook breeduit in de media is besproken, namelijk de uitspraak over de zogenoemde 'afsluitboete'. Veel Nederlanders willen graag van het gas af, maar de kosten die hiermee gepaard gaan zorgen voor minder enthousiasme. Consumenten moeten namelijk vaak hoge kosten betalen om hun gasafsluiting te laten verwijderen, zo ook in de onderhavige zaak.

De consument, Stefan Boerma, wil van het gas af. In 2017 heeft hij een contract gesloten met Greenchoice. Namens Rendo heeft deze een ATO gesloten met de consument. Rendo brengt voor het verwijderen van de gasaansluiting verwijderingskosten in rekening en deze afsluitboete kan variëren van bedragen tussen de 350 en 800 euro boete. Boerma wil niet opdraaien voor deze kosten en betaalt de facturen van Rendo niet. Hij betwist dat hij contractueel gehouden is om aan de vordering te voldoen omdat de algemene voorwaarden van Rendo hem niet ter hand zouden zijn gesteld. Ook is hij van mening dat de Tarievencode gas niet rechtstreeks van toepassing is op de consument zelf en er geen wettelijke mogelijkheid is om een dergelijke verplichting aan

8. Rb. Gelderland 25 juli 2018, NTE 2018/48.
9. Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 december 2019, NTE 2020/17, (Nedcool/Liander).
10. Conclusie A-G Drijber, 23 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:987.
11. HvJ EU 23 januari 2020, NTE 2020/37 (Energiavirasto).
12. HvJ EU 8 oktober 2020, ECLI:NL:EU:C:2020:805 (ACM/Crown Van Gelder).

kleinverbruikers op te leggen. Hij krijgt gelijk van de rechter en hoeft de afsluitboete niet te betalen.[13] Wellicht leidt deze zaak tot regulering in de toekomst. In de Tweede Kamer is in ieder geval een motie aangenomen die ziet op het gelijkelijk verdelen van de gasafsluitkosten tussen consument en netbeheerder.

3. Afsluiting

Nadat er zowel in de chat als in het webinar zelf nog even is gediscussieerd over de verschillende uitspraken, worden Iman en Cees door Vincent Lindijer bedankt voor hun heldere uiteenzetting van de jurisprudentie tijdens het webinar. Hij vraagt aan Martha Roggenkamp of zij ter afsluiting van de middag nog een mooie boodschap of kerstgedachte heeft. Zij sluit af met de woorden: 'Blijf thuis in je hokje en blijf vooral gezond. Binnen de grenzen mogelijk een goed jaar gewenst en hopelijk tot in een nieuw jaar met veel webinars.'

13. Rb. Noord-Nederland 17 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5858, Rb. Noord-Nederland 4 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2734.