Autoriteit
Consument & Markt

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
070 722 20 00
www.acm.nl

Openbaar

Besluit

Ons kenmerk : ACM/UIT/576538
Zaaknummer : ACM/21/052730
Datum : 2 maart 2022

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 51, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 over het verzoek tot geschilbeslechting van Zonnepark Bergweg Mariahoop B.V. over de aan het in artikel 24 van de Elektriciteitswet 1998 bedoelde aanbod verbonden voorwaarde van Use-It-Or-Lose-It en over de voorwaarde tot het overdracht van het juridische eigendom.

1. Verloop van de procedure

1. Op 25 juni 2021 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een aanvraag tot geschilbeslechting als bedoeld in artikel 51 van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) ontvangen van Zonnepark Bergweg Mariahoop B.V. (hierna: Zonnepark Bergweg). Het betreft een geschil met netbeheerder Enexis Netbeheer B.V. (hierna: Enexis).

2. Op 30 juni 2021 heeft de ACM aan Enexis gevraagd om een schriftelijke zienswijze. Deze zienswijze heeft de ACM op 20 juli 2021 ontvangen.

3. Op 28 oktober 2021 is er op het kantoor van de ACM in Den Haag een hoorzitting geweest. De ACM heeft het verslag hiervan aan partijen gezonden.

2. Het geschil

4. Het geschil gaat over twee voorwaarden die Enexis aan haar aanbod tot transportcapaciteit heeft verbonden. De eerste vraag is of Enexis met het opnemen van de Use-It-Or-Lose-It (hierna: UIOLI) clausule in haar aanbod, in strijd met artikel 31 juncto artikel 24 van de E-weten artikel 7.1, tweede lid, van Netcode Elektriciteit (hierna: Netcode) heeft gehandeld. De tweede vraag is of de voorwaarde voor het verlenen van de in artikel 16c, vierde lid, van de E-wet bedoelde instemming tot overdracht van het juridische eigendom van de aansluiting aan Enexis, in strijd is met artikel 16c, vierde lid, juncto artikel 10a, van de E-wet.

3. Feiten

5. Op grond van de door partijen geleverde stukken en hetgeen op de hoorzitting naar voren is gebracht stelt de ACM de volgende feiten en omstandigheden vast.

6. Zonnepark Bergweg is bezig met de ontwikkeling van een zonnepark in de gemeente Echt-Susteren. Zonnepark Bergweg is door LC Energy B.V. (hierna: LC Energy) gedurende dit proces opgericht ten behoeve van de ontwikkeling en exploitatie van dit specifieke zonnepark.

7. Voordat de rechtspersoon Zonnepark Bergweg was opgericht, heeft LC Energy bij Enexis om een offerte gevraagd om de door LC Energy gewenste aansluitsituatie te realiseren. Het uitgangspunt van LC Energy bij de te realiseren aansluiting is dat Enexis een veld (knip) maakt in het HS/MS-transformatorstation Merum met een aansluitcapaciteit van 22,8 MVA. Daarop wordt een door LC Energy op basis van een openbare aanbesteding aan te leggen aansluitkabel van 9,1 km lang met het bijbehorend inkoopstation (gelegen op het terrein van het zonnepark) aangesloten. Om deze aansluiting via een openbare aanbesteding te mogen realiseren is instemming van Enexis nodig. LC Energy heeft bij deze offerteaanvraag dan ook het verzoek gedaan om de aansluiting in eigen beheer te realiseren op grond van artikel 16c, vierde lid, van de E-wet.

8. Enexis heeft op 23 november 2020 aan LC Energy B.V. een offerte uitgebracht voor het maken van een veld (knip) in het HS/MS-transformatorstation Merum ten behoeve van het Project Maria-Hoop.

9. In deze offerte is het volgende opgenomen:
   "Indien de afnemer gedurende 12 maanden geen gebruik maakt van (een deel van) het maximaal terugleververmogen, zoals dat is vastgelegd in bijlage 1 'Gegevens Afnemer/Producent' kan Enexis Netbeheer dit maximaal terugleververmogen, eenzijdig verlagen. De afnemer wordt hierover door Enexis Netbeheer geïnformeerd."

Een dergelijke bepaling wordt ook een UIOLI-bepaling genoemd.

10. Het aangaan van een overeenkomst tot overname van het gereguleerd deel van de aansluiting door Enexis is een integraal onderdeel van de offerte. In de conceptovereenkomst is in artikel 1.2 opgenomen dat partijen overeenkomen het eigendom van het gereguleerde deel van de HS/MS-kabelverbinding over te dragen aan Enexis voor de koopsom van één euro.

11. Op 16 februari 2021 plaatst LC Energy enkele voorbehouden bij het gebruik van UIOLI en de overdracht van het eigendom zoals opgenomen in de offerte en de conceptovereenkomst. Per e-mail van 17 februari 2021 reageert Enexis op de door LC Energy B.V. gemaakte voorbehouden. Enexis meldt dat het niet mogelijk is de eigendom van de aansluitkabel met inkoopstation te behouden. Met betrekking tot de toepassing van de UIOLI-clausule, meldt Enexis dat het hanteren van de UIOLI-clausule geen regeling vindt in de Netcode maar dat het hanteren van de UIOLI-clausule wenselijk is vanuit een optimale benutting van schaarse netcapaciteit.

12. Op 26 februari 2021 accordeert Zonnepark Bergweg de aangeboden aansluit- en transportovereenkomst (hierna: ATO) met een voorbehoud ten aanzien van de UIOLI-clausule. Beide partijen zijn het over de overdracht van het eigendom niet eens.

4. Wettelijk kader

13. Artikel 1, eerste lid, onderdelen b, i en aa, van de E-wet bepalen:
In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:
[…]
b. aansluiting: één of meer verbindingen tussen een net en een onroerende zaak als bedoeld in artikel 16, onderdelen a tot en met e, van de Wet waardering onroerende zaken, waaronder begrepen één of meer verbindingen tussen een net dat wordt beheerd door een netbeheerder en een net dat beheerd wordt door een ander dan die netbeheerder en tussen het net op zee en een windpark op zee;
[…]
i. Net: één of meer verbindingen voor het transport van elektriciteit en de daarmee verbonden transformator-, schakel-, verdeel –en onderstations en andere hulpmiddelen, behoudens voor zover deze verbinding en hulpmiddelen onderdeel uitmaken van de directe lijn of liggen binnen de installatie van een producent of van een afnemer;
[…]
aa. economische eigendom: het krachtens een rechtsverhouding gerechtigd zijn tot alle rechten en bevoegdheden ten aanzien van een goed, met uitzondering van het recht op levering, en het gehouden zijn om alle verplichtingen ten aanzien van dat goed voor zijn rekening te nemen en daarmee het volledige risico van waardeverandering of tenietgaan van het goed te dragen, zonder dat het goed geleverd is;

14. Artikel 10a, eerste lid, van de E-wet bepaalt:
    1. *De netbeheerder, met uitzondering van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, beschikt over de economische eigendom van het door hem beheerde net.*

15. Artikel 16c, eerste en vierde lid, van de E-wet bepaalt:
    1. *In afwijking van artikel 16, eerste lid, onderdeel e, kan een afnemer die een aansluiting op het net wenst met een aansluitwaarde groter dan 10 MVA met uitzondering van een aansluiting op het net op zee een openbare aanbesteding van de aansluitwerkzaamheden uitschrijven.*
    […]
    4. *De afnemer die het verzoek, bedoeld in het eerste lid, doet, verzoekt de netbeheerder die het net beheert om instemming met het realiseren van een aansluiting als bedoeld in het eerste lid. De netbeheerder onthoudt zijn instemming slechts, indien met het verlenen van de gevraagde*

instemming de betrouwbaarheid van het door hem beheerde net niet langer kan worden gewaarborgd.

16. Artikel 23, eerste lid, van de E-wet bepaalt:
    1. *De netbeheerder is verplicht degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk. De netbeheerder verstrekt degene die om een aansluiting op het net verzoekt een gedetailleerde en volledige opgave van de uit te voeren werkzaamheden en de te berekenen kosten van de handelingen, onderscheiden in artikel 28, eerste lid.*

17. Artikel 24, van de E-wet bepaalt:
    1. *De netbeheerder is verplicht aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde net ten behoeve van de verzoeker transport van elektriciteit uit te voeren tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk.*
    2. *De verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt niet voor zover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft. Een weigering transport uit te voeren als bedoeld in de vorige volzin is met redenen omkleed. De netbeheerder verschaft degene aan wie transport is geweigerd desgevraagd en ten hoogste tegen kostprijs de relevante gegevens over de maatregelen die nodig zijn om het net te versterken. Indien ten aanzien van duurzame elektriciteit een weigering transport uit te voeren als bedoeld in de eerste volzin plaatsvindt, meldt de netbeheerder dit aan de Autoriteit Consument en Markt, waarbij de netbeheerder aangeeft welke maatregelen worden genomen om toekomstige weigeringen te voorkomen.*

18. Artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode bepaalt:
    2. *De aangeslotene heeft recht op transport van elektriciteit door heel Nederland tot een hoeveelheid ter grootte van het op de aansluiting gecontracteerde en beschikbaar gestelde vermogen.*

5. Standpunten van partijen

5.1. Zonnepark Bergweg

19. Zonnepark Bergweg heeft – kort samengevat – in de stukken en op de zitting het volgende naar voren gebracht.

Opnemen UIOLI-clausule in de ATO

20. Zonnepark Bergweg stelt allereerst dat Enexis met het opnemen van de UIOLI-clausule in de voor Zonnepark Bergweg opgestelde ATO, in strijd heeft gehandeld met de E-wet, meer in het bijzonder de artikelen 23 en 24 van de E-wet. Volgens Zonnepark Bergweg vindt de UIOLI-clausule geen regeling in de E-wet of in de daarop gebaseerde codes. Omdat volgens Zonnepark Bergweg de UIOLI-clausule raakt aan het recht op transportcapaciteit, is het toepassen van de UIOLI-clausule volgens Zonnepark Bergweg alleen mogelijk wanneer, volgens artikel 11, aanhef en onderdeel a van de Regeling tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit, de UIOLI-clausule een uitputtende regeling krijgt in de door de ACM vastgestelde Codes. Een uitputtende door de ACM vastgestelde regeling in de Codes is volgens Zonnepark Bergweg noodzakelijk omdat met de beperking van het recht op transportcapaciteit ook de rechtszekerheid van de afnemers wordt beperkt.

21. Zonnepark Bergweg stelt dat Enexis met de verdeling van transportcapaciteit op grond van ‘first come, first served’ (hierna: FCFS), zelf de veroorzaker is van het ontstaan van grote schaarste aan transportcapaciteit op haar net. Volgens Zonnepark Bergweg wordt door het hanteren van FCFS in

een steeds vroeger stadium transportcapaciteit gecontracteerd. Hierdoor resulteert het gebruik van FCFS in een steeds groter wordende contractuele congestie, aldus Zonnepark Bergweg. Het hanteren van de UIOLI-clausule als oplossing voor de steeds groter worden contractuele congestie, moet volgens Zonnepark Bergweg gezien worden als een oplossing voor een zelfgecreëerd probleem.

22. Zonnepark Bergweg stelt dat het in artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode geregelde recht op transportvermogen onvoorwaardelijk is geformuleerd. Wegens deze onvoorwaardelijke formulering is het niet toegestaan de toekenning van het recht op transportvermogen afhankelijk te stellen van een UIOLI-clausule, aldus Zonnepark Bergweg.

23. Zonnepark Bergweg stelt dat op grond van artikel 31 juncto artikel 35 van de E-wet, als uitgelegd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb) in de uitspraak van 4 september 2002, het recht op transportcapaciteit een uitputtende regeling moet krijgen in de door de ACM vast te stellen codes.[1] Volgens Zonnepark Bergweg is het voor Enexis mogelijk om met de gezamenlijke netbeheerders, op grond van artikel 32, van de E-wet, een voorstel tot wijziging van de codes in te dienen. Enexis heeft nagelaten een regeling van UIOLI in de codes te bewerkstelligen volgens Zonnepark Bergweg.

Eis tot overdracht van het juridisch eigendom

24. Zonnepark Bergweg wenst het juridisch eigendom van de door Zonnepark Bergweg aan te leggen aansluitkabel met inkoopstation zelf te behouden. De in de ATO opgenomen eis tot overdracht van het juridisch eigendom van de aansluitkabel met inkoopstation aan Enexis, vindt geen regeling in de E-wet en in de door de ACM vastgestelde codes, aldus Zonnepark Bergweg.

25. Na realisatie van de door een afnemer, op grond van artikel 16c, eerste lid, van de E-wet, zelf gemaakte aansluiting, krijgt een netbeheerder van rechtswege het beheer over deze aansluiting. Voor het door de netbeheerder uit te voeren beheer over de aansluiting is het juridische eigendom van de aansluiting niet relevant, aldus Zonnepark Bergweg.

26. Volgens Zonnepark Bergweg maakt de wetsgeschiedenis van artikel 2:39 van de Netcode duidelijk dat Enexis de eis tot overdracht van het juridische eigendom evenmin kan baseren op het in artikel 16c, vierde lid, van de E-wet. Ook uit het voorgaande blijkt dat overdracht van het juridische eigendom niet noodzakelijk is voor het beheer van de aansluiting.

27. Zonnepark Bergweg stelt dat Enexis op grond van artikel 23, eerste lid, van de E-wet een aanbod moet doen voor aansluitwerkzaamheden, dat in overeenstemming is met de door de ACM vastgesteld codes. In de codes is geen tot de afnemer gerichte verplichting opgenomen tot overdracht van het juridisch eigendom van een aansluiting die door de afnemer op grond van artikel 16c, eerste lid, van de E-wet is gerealiseerd, aldus Zonnepark Bergweg. Hierdoor verzet artikel 23, eerste lid, van de E-wet zich volgens Zonnepark Bergweg tegen de in de offerte opgenomen eis tot overdracht van het juridische eigendom.

28. Volgens Zonnepark Bergweg schrijft artikel 10a van de E-wet enkel de verplichte overdracht van de economische eigendom voor ten aanzien van netten. Hierdoor is artikel 10a van de E-wet volgens Zonnepark Bergweg niet van toepassing op aansluitingen waardoor evenmin geëist kan worden tot de verplichte overdracht van het economische eigendom van door de afnemer zelf aangelegde aansluitingen.

29. Met betrekking tot de vraag of het eigendom van de aansluiting wanneer het van rechtswege onderdeel uitmaakt van het net waarop zij is aangesloten, van rechtswege overgaat naar Enexis op grond van natrekking, merkt Zonnepark Bergweg op dat deze vraag een civielrechtelijke kwestie is

[1] CBB 4 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8312, r.o. 5.2.

en daarmee buiten de reikwijdte van de door Zonnepark Bergweg aanhangig gemaakte geschilprocedure valt.

30. Ten aanzien van de toegankelijkheid van de aansluiting geldt volgens Zonnepark Bergweg dat op grond van artikelen 2:11 en 2:36, van de Netcode de afnemer toegang tot de aansluiting waarborgt. De toegankelijkheid kan volgens Zonnepark Bergweg via de codes juridisch worden afgedwongen. Uit het voorgaande volgt geen tot de afnemer gerichte verplichting tot overdracht van het juridische eigendom. Hierdoor concludeert Zonnepark Bergweg dat het opnemen van een eis tot overdracht van het eigendom van de door Zonnepark Bergweg aan te leggen aansluiting, niet noodzakelijk is om de netbeheerder in staat te stellen haar wettelijke netbeheerstaken met betrekking tot deze aansluiting uit te voeren.

31. Zonnepark Bergweg concludeert dat Enexis met het opnemen in de offerte van de eis tot overdracht van het eigendom van de door Zonnepark Bergweg aan te leggen aansluiting, in strijd handelt met de E-wet.

5.2. Enexis

32. Enexis heeft – kort samengevat – in de stukken en op de zitting het volgende naar voren gebracht.

Opnemen UIOLI-clausule in de ATO

33. Enexis stelt dat het voor adequaat netbeheer nodig is dat UIOLI deel uitmaakt van offertes. Volgens Enexis kan door toepassing van de UIOLI-clausule het contractuele maximum in overeenstemming worden gebracht met het daadwerkelijke gebruik. Enexis stelt dat toepassing van UIOLI noodzakelijk is voor een veilig, doelmatig en efficiënt netbeheer.

34. Volgens Enexis is ook de wetgever van mening dat de toepassing van UIOLI noodzakelijk is om een zo efficiënt mogelijke benutting van de beperkt beschikbare fysieke transportcapaciteit te waarborgen. Volgens Enexis blijkt dit uit artikel 3.4.14 van de ontwerp-Energiewet.

35. Het feit dat de huidige E-wet de mogelijkheid tot het hanteren van de UIOLI-clausule niet expliciet toestaat, betekent volgens Enexis niet dat de UIOLI-clausule niet gehanteerd zou mogen worden. De stelling van Zonnepark Bergweg dat het hanteren van de UIOLI-clausule een expliciete grondslag in de codes vereist, is volgens Enexis onjuist en volgt niet uit de relevante wet- en regelgeving (zoals de Regeling tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit). Zo is ook het toepassen van first come, first served bij de verdeling van transportcapaciteit niet expliciet in de codes opgenomen, maar ook toegestaan door middel van verschillende rechterlijke uitspraken. De conclusie, dat UIOLI een expliciete grondslag in de codes vereist, kan volgens Enexis niet uit de door Zonnepark Bergweg aangehaalde jurisprudentie worden getrokken. Volgens Enexis moeten de in de ATO te stellen voorwaarden voldoen aan het bij of krachtens de E-wet bepaalde. Enexis stelt de UIOLI-clausule voldoet aan het bij of krachtens de E-wet bepaalde.

36. Enexis is van mening dat de UIOLI-clausule in overeenstemming is met artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode. Artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode spreekt over het ‘gecontracteerde’ vermogen, waardoor dit artikel naar de mening van Enexis aansluit bij wat tussen partijen overeen is gekomen. Het offreren van UIOLI vindt dus plaats in een eerder stadium, een stadium waarin er nog niet ‘gecontracteerd’ is, waardoor dit niet in strijd is met artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode.

37. Enexis stelt dat het opnemen van de UIOLI-clausule in de offerte een legitieme manier is om te voorkomen dat schaarse capaciteit ongebruikt blijft en niet aan andere partijen ten goede kan komen die wel bereid zijn deze capaciteit te gebruiken. Enexis handelt bij het hanteren van de bepaling non-discriminatoir en binnen het kader van haar wettelijke plicht tot doelmatig, efficiënt en veilig netbeheer.

Eis tot overdracht van het juridisch eigendom

38. Volgens Enexis zal als gevolg van natrekking het eigendom van de aansluiting na realisatie bij Enexis komen te liggen. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst Enexis naar Kamerstukken.[2]

39. Enexis brengt naar voren dat zij het juridisch eigendom nodig heeft om haar taken uit te kunnen voeren en dat het op grond van artikel 16c, vierde lid, van de E-wet rechtmatig is dat zij deze voorwaarde stelt. Zo stelt zij dat de economische eigendom, het beheer, en de zakelijke en nevenrechten met betrekking tot de aansluiting nodig zijn om haar beheerstaken uit te kunnen voeren.

40. Enexis stelt dat zij historisch gezien altijd ten overvloede de eis tot overdracht van het juridische eigendom van de aansluiting heeft opgenomen om mogelijke twijfel over de eigendomssituatie voor te zijn. Enexis constateert dat de eis tot overdracht van eigendom niet eerder tot problemen heeft geleid. Door het voorgaande verklaart Enexis zich bereid de eis van overdracht van het juridische eigendom te laten vallen en beroept zich op het eigendomsrecht wat zij zal hebben op grond van natrekking. Volgens Enexis zal overdracht na de natrekking slecht een bevestiging zijn van de dan reeds bestaande eigendomssituatie.

41. Enexis stelt dat zelfs indien het juridische eigendom van de aansluiting niet van rechtswege bij Enexis zou komen te liggen, Enexis in ieder geval wel het economisch eigendom heeft, op grond van artikel 10a van de E-wet. Ook het beheer van de door Zonnepark Bergweg gerealiseerde aansluiting ligt op basis daarvan bij Enexis.

42. Enexis acht het legitiem en op grond van artikel 16c, vierde lid, van de E-wet rechtmatig dat zij voorwaarden stelt om aan haar wettelijke taken en vereisten te voldoen. Enexis merkt op dat een eventuele eigendomsoverdracht, indien noodzakelijk, geen doel op zichzelf is voor Enexis. Volgens Enexis zou dit slechts een manier zijn om te voldoen aan haar wettelijke plicht en ter vaststelling dat Enexis daadwerkelijk economisch eigenaar is van de aansluiting, nadat deze onderdeel is geworden van het door haar te beheren elektriciteitsnet.

6. Beoordeling van het geschil

43. Hierna zal de ACM de twee voorwaarden die Enexis aan haar aanbod tot transportcapaciteit heeft verbonden, behandelen. Daarbij zal eerst de aan het aanbod verbonden voorwaarde van de UIOLI-clausule worden behandeld en vervolgens de voorwaarde van de overdracht van het juridische eigendom van de aansluiting.

6.1. UIOLI-voorwaarde

44. De ACM concludeert dat Enexis door het verbinden van de UIOLI-voorwaarde aan het aanbod voor transportcapaciteit in strijd met artikel 31 van de E-wet juncto artikel 24, van de E-wet juncto artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode heeft gehandeld. De ACM licht dit hieronder toe.

45. Netbeheerders ervaren momenteel een schaarste in transportcapaciteit, onder andere als gevolg van de energietransitie. Dit stelt netbeheerders voor verschillende uitdagingen. De ACM heeft er begrip voor dat Enexis (en tegelijkertijd ook andere netbeheerders) binnen deze huidige situatie naarstig op zoek is naar mogelijkheden om deze schaarse capaciteit zo doelmatig als mogelijk te verdelen en haar beleid hieromtrent te blijven ontwikkelen en verbeteren. Belangrijk blijft daarbij wel dat dat binnen de grenzen van de momenteel geldende wet- en regelgeving gebeurt en met duidelijke voorwaarden en voldoende waarborgen voor afnemers.

[2] Kamerstukken II 2005/06, 29834, nr. 12, p. 5.

46. De offerte van Enexis is een aanbod voor transport als bedoeld in artikel 24, eerste lid, van de E-wet. Artikel 24, eerste lid, van de E-wet schrijft voor dat het aanbod dat Enexis aan Zonnepark Bergweg heeft gedaan in overeenstemming dient te zijn met de paragrafen 5 en 6 van hoofdstuk 3 van de E-wet, met andere woorden, met hetgeen in de codes, waaronder de Netcode voor elektriciteit, is bepaald. Het aanbod van Enexis dient derhalve ook in overeenstemming met artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode te zijn.

47. Artikel 7.1, tweede lid, van de E-wet bepaalt dat de aangeslotene recht heeft op transport voor een hoeveelheid ter grootte van het op de aansluiting gecontracteerde en beschikbaar gestelde vermogen.

48. De in het aanbod opgenomen UIOLI-voorwaarde biedt Enexis echter de mogelijkheid om eenzijdig het gecontracteerde vermogen te verlagen wanneer dit een bepaalde periode niet wordt gebruikt. In dat geval kan Zonnepark Bergweg geen gebruik meer maken van al haar gecontracteerde transportvermogen.

49. Dit staat op gespannen voet met artikel 24 van de E-wet juncto artikel 7.1 van de Netcode. Enexis wijkt namelijk zo ten koste van de afnemer af van de voorwaarden, namelijk van artikel 7.1 van de Netcode, op grond waarvan een aangeslotene recht heeft op transport van elektriciteit tot een hoeveelheid ter grootte van het op de aansluiting gecontracteerde en beschikbaar gestelde vermogen. Een dergelijke afwijking van de codes is niet toegestaan, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 31 van de E-wet[3]. Hier wordt het volgende over de codes gezegd (onderstreping door de ACM toegevoegd):

> *Dit artikel geeft als het ware de inhoudsopgave van de «technische» voorwaarden voor de uitvoering van het netbeheer, die van belang zijn in de verhouding tussen netbeheerders en afnemers en netbeheerders onderling. Deze voorwaarden lijken enigszins op algemene voorwaarden in de zin van het Burgerlijk Wetboek waarnaar de netbeheerders verwijzen in hun overeenkomsten met afnemers. Het verschil is evenwel dat de voorwaarden worden vastgesteld op een publiekrechtelijke grondslag en dat het de netbeheerders niet is toegestaan daarvan ten gunste of ten koste van afnemers af te wijken. Zij zijn immers op grond van de artikelen 23 en 24 van de wet verplicht deze voorwaarden te hanteren.'*

50. Het CBb heeft in haar jurisprudentie onder verwijzing naar deze wetsuitleg ook uitgelegd dat de codes er onder meer toe strekken om afnemers zekerheid te verschaffen omtrent enerzijds de verplichtingen die netbeheerders jegens hen hebben en anderzijds de verplichtingen die zij zelf jegens netbeheerders hebben.[4]

51. De voorwaarde waarbij Enexis het recht bedingt om het maximaal terugleververmogen eenzijdig te kunnen verlagen als het een jaar lang niet (volledig) is gebruikt, kent geen enkele beperking. Het is bijvoorbeeld niet beperkt tot een bepaalde situatie en met waarborgen omgeven, zoals een weigering om transport uit te voeren op grond van artikel 24, tweede lid, van de E-wet die deze beperkingen en waarborgen wel kent. Het is de netbeheerder immers pas toegestaan gevraagd transport te weigeren als en voor zover een netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit meer beschikbaar heeft. Bovendien moet de weigering ook met redenen omkleed zijn.

52. Enexis stelt ook dat, wanneer de UIOLI-voorwaarde eenmaal onderdeel is geworden van het contract, Enexis niet meer in strijd met artikel 7.1 van de Netcode handelt wanneer zij het gecontracteerde transportvermogen beperkt door de UIOLI-clausule toe te passen. Enexis miskent hierbij echter dat zij de voorwaarde niet aan haar aanbod had mogen verbinden, zodat deze uitleg

[3] Kamerstukken 1998-99, 26303, nr. 3, p. 25.
[4] Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 4 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8312, ov. 5.2.

van de situatie nadat de voorwaarde zou zijn geaccepteerd, niet aan de orde is. Beoordeeld wordt of Enexis de voorwaarde aan haar aanbod had mogen verbinden.

53. Tot slot biedt de verwijzing van Enexis naar ontwerpwetgeving geen soulaas. Een beroep daarop kan pas worden gedaan als de wet en de daarop gebaseerde regelgeving daadwerkelijk gelden en van toepassing zijn op de betreffende situatie.

54. Op basis van het bovenstaande concludeert de ACM dat Enexis door het verbinden van de UIOLI-voorwaarde aan haar aanbod voor transport in strijd met artikel 31 van de E-wet juncto artikel 24 van de E-wet juncto artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode heeft gehandeld.

6.2. Voorwaarde van overdracht van het juridisch eigendom

55. De voorwaarde tot overdracht van het juridisch eigendom van de aansluiting van Zonnepark Bergweg aan Enexis voor het verlenen van de in artikel 16c, vierde lid, van de E-wet genoemde instemming, is naar het oordeel van de ACM in strijd met artikel 16c, vierde lid, juncto artikel 10a, eerste lid, van de E-wet. De ACM licht dit hieronder toe.

56. Artikel 23, eerste lid, van de E-wet verplicht Enexis om een ieder die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting tegen een tarief en tegen voorwaarden die in overeenstemming zijn met (onder andere) de verschillende codes. Artikel 16c van de E-wet geeft afnemers die een aansluiting groter dan 10 MVA wensen de mogelijkheid om de aansluitingswerkzaamheden aan een ander dan de netbeheerder te gunnen door middel van een openbare aanbesteding. Voor het realiseren van een dergelijke aansluiting dient de instemming van de betreffende netbeheerder te worden verkregen, op grond van artikel 16c, vierde lid, van de E-wet. De netbeheerder mag deze instemming enkel weigeren wanneer met het verlenen van deze instemming de betrouwbaarheid van het door hem beheerde net niet langer kan worden gewaarborgd.

57. Enexis heeft aan haar instemming aan Zonnepark Bergweg de voorwaarde verbonden dat Zonnepark Bergweg het juridische eigendom van de aansluiting aan Enexis dient over te dragen. Zonnepark Bergweg stelt dat de E-wet geen grondslag biedt aan Enexis om een dergelijke voorwaarde op te nemen om de in artikel 16c, vierde lid, van de E-wet genoemde instemming te verlenen.

58. Artikel 10a van de E-wet verplicht Enexis om te beschikken over het economisch eigendom van haar net. Artikel 1, eerste lid, onder aa, van de E-wet legt uit dat het economisch eigendom gedefinieerd is als ‘het krachtens een rechtsverhouding gerechtigd zijn tot alle rechten en bevoegdheden ten aanzien van een goed, met uitzondering van het recht op levering, en het gehouden zijn om alle verplichtingen ten aanzien van dat goed voor zijn rekening te nemen en daarmee het volledige risico van waardeverandering of tenietgaan van het goed te dragen, zonder dat het goed geleverd is.’

59. Het is vaststaande jurisprudentie dat aansluitingen onderdeel zijn van het net.[5] De ACM concludeert op basis hiervan dat artikel 10a van de E-wet Enexis over het economische eigendom van de aansluiting van Zonnepark Bergweg dient te beschikken, juridisch eigendom is op grond van de E-wet niet vereist.

60. Het juridisch eigendom is het meest omvattende eigendomsrecht.[6] Op basis van de definitie van economisch eigendom in de E-wet constateert de ACM dat het economisch eigendom een minder veelomvattend eigendom is dan het juridisch eigendom. De door Enexis opgenomen voorwaarde gaat dan ook verder dan de eigendomseis die de E-wet bij Enexis neerlegt.

[5] Zie bijvoorbeeld uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 24 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:370 r.o. 5.1.
[6] Zie artikel 5:1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

61. Enexis brengt naar voren dat zij het juridisch eigendom nodig heeft om haar taken uit te kunnen voeren en dat het op grond van artikel 16c, vierde lid, van de E-wet rechtmatig is dat zij deze voorwaarde stelt. Zo stelt zij dat de economische eigendom, het beheer, en de zakelijke en nevenrechten met betrekking tot de aansluiting nodig zijn om haar beheerstaken uit te kunnen voeren. Naar het oordeel van de ACM heeft Zonnepark Bergweg, op grond van verschillende artikelen in de Netcode (bijvoorbeeld artikelen 2.11 en 2.36 van de Netcode) al de plicht om de beheerstaken van Enexis mogelijk te maken. Het verkrijgen van het juridisch eigendom van de aansluiting is daarvoor niet nodig en gaat verder dan de E-wet vereist.

62. Het argument van Enexis dat de wetsgeschiedenis betoogt dat de gedachte achter artikel 16c van de E-wet enkel ziet op kostenbesparing en niet op een wijziging van de eigendomssituatie maakt dit ook niet anders. Zelfs wanneer de gedachte van artikel 16c van de E-wet enkel kostenbesparing zou zijn, geeft dit nog steeds niet het recht aan Enexis om de voorwaarde van overdracht van het juridisch eigendom aan de in artikel 16c, vierde lid, van de E-wet genoemde instemming te verbinden. Zoals hierboven uiteengezet gaat een dergelijke voorwaarde verder dan de E-wet vereist.

63. De vraag of er sprake is van natrekking van de aansluiting en de vraag of er mogelijk vergoedingen voor overdracht van eigendom verschuldigd zijn, kunnen niet door de ACM op grond van de E-wet worden beantwoord. Hiertoe is niet de ACM maar de civiele rechter bevoegd. Op grond van artikel 51 van de E-wet is de ACM slechts bevoegd te oordelen over de vraag of Enexis in strijd met haar taken en verplichtingen op grond van de E-wet heeft gehandeld

64. Op basis van het bovenstaande oordeelt de ACM dat de voorwaarde voor het verlenen van de in artikel 16c, vierde lid, van de E-wet genoemde toestemming, namelijk de voorwaarde tot overdracht van het juridisch eigendom van de aansluiting van Zonnepark Bergweg aan Enexis, in strijd is met artikel 16c, vierde lid, juncto artikel 10a van de E-wet.

7. Dictum

66. De Autoriteit Consument en Markt:
    1. verklaart de klacht van Zonnepark Bergweg Mariahoop B.V. tegen Enexis Netbeheer B.V. gegrond;
    2. stelt vast dat Enexis Netbeheer B.V. in strijd met artikel 31 van de E-wet juncto artikel 24 van de E-wet juncto artikel 7.1, tweede lid, van de Netcode Elektriciteit heeft gehandeld door een UIOLI-clausule in haar aanbod op te nemen.
    3. stelt vast dat Enexis Netbeheer B.V. in strijd met artikel 16c, vierde lid, van de E-wet juncto artikel 10a, eerste lid, van de E-wet heeft gehandeld door in haar aanbod als voorwaarde de overdracht van het juridisch eigendom van de aansluiting van Zonnepark Bergweg aan Enexis op te nemen.

Den Haag,
Datum: 2 maart 2022

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze

w.g.
drs. F.E. Koel
Teammanager Directie Energie

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage . Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.