

PELS RIJCKEN

Advies

voor Autoriteit Consument en Markt; [REDACTED], [REDACTED] en [REDACTED]
van [REDACTED]
datum 4 april 2022
inzake Tarieven en voorwaarden bij overname afnemers in de 'eerste vensterperiode'
zaaknr 11017092

Inleiding

- 1 De afgelopen maanden heeft de ACM de vergunningen voor de levering van gas respectievelijk elektriciteit aan kleinverbruikers¹ van enkele leveranciers ingetrokken ("Leveringsvergunning"). Het valt niet uit te sluiten dat de ACM in de toekomst opnieuw een of meer Leveringsvergunningen zal – moeten – intrekken. Zonder Leveringsvergunning mag een leverancier geen gas dan wel elektriciteit leveren aan kleinverbruikers.² De leverancier kan³ overigens ook geen gas en elektra meer leveren als hij faillieert. Afnemers zouden dan zonder nadere regeling – gedurende enige tijd – verstoken kunnen blijven van gas en elektriciteit.
- 2 Het Besluit leveringszekerheid Gaswet en het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 (gezamenlijk: de "**Besluiten leveringszekerheid**"; de "**E-wet**") mitigeren dit risico.⁴ Volgens de Besluiten leveringszekerheid moeten bij intrekking van de Leveringsvergunning van een leverancier diens afnemers, die als kleinverbruikers kwalificeren, worden ondergebracht bij een of meer andere leveranciers die wél nog beschikken over een Leveringsvergunning.
- 3 In de 'eerste vensterperiode'⁵ kan de betrokken leverancier – dan wel diens bewindvoerder of curator – zelf trachten met een of meer andere leveranciers overeenstemming te bereiken over de overname van zijn afnemers. In de 'tweede vensterperiode' geschiedt de verdeling van de betreffende afnemers *pro rata* over alle

¹ Dus met een aansluiting met een capaciteit van $\leq 40 \text{ m}^3(\text{n})/\text{h}$ dan wel 3*80A.

² Art. 43 Gaswet; art. 95a E-wet.

³ In economische zin, ervan uitgaande dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is dat de inkoop duurder is geworden dan de verkoop.

⁴ Dat leiden wij af uit de in de wet opgenomen grondslag voor de Besluiten leveringszekerheid, waar gesproken wordt over "*tijdelijke voorzieningen*". Zie art. 47(2) Gaswet en art. 95f(2) E-wet. Wij leiden dit tevens af uit de titel van de Besluiten leveringszekerheid.

⁵ Art. 3(5) Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2(5) Besluit leveringszekerheid E-wet.

overige leveranciers met een Leveringsvergunning, ook wel: de restverdelingsregeling.⁶

- 4 Onder meer in onze notitie onder 25 oktober en onze e-mail van 4 november 2021 hebben wij bepaalde aspecten van de overdracht van afnemers in de 'eerste vensterperiode' en de restverdelingsregeling belicht.
- 5 In vervolg daarop hebben wij in ons conceptadvies van 18 november 2021 gereflecteerd op de vraag in hoeverre de leverancier die in de 'eerste vensterperiode' afnemers overneemt gehouden is jegens de betreffende afnemers van gas dan wel elektriciteit te leveren op basis van de tarieven en voorwaarden van de overdragende leverancier.⁷
- 6 Naar aanleiding van ons advies hebben wij in e-mails gewisseld en overlegd met de ACM.⁸ Op verzoek van de ACM verwerken wij in dit advies de uitkomsten van die e-mailwisselingen en overleggen in ons advies van 18 november 2021. Daartoe bespreken wij hierna deze vragen:
- i. Moet de opvolgende leverancier die in de 'eerste vensterperiode' afnemers overneemt dezelfde tarieven en voorwaarden hanteren jegens de betrokken afnemers als de stakende leverancier hanteerde?
 - ii. Welke rechten en verplichtingen hebben de opvolgende leverancier en de betrokken afnemers bij toepassing van de Besluiten Leveringszekerheid?
 - iii. Welke rechten en vorderingen hebben de betrokken afnemers jegens dan wel op de stakende leverancier bij toepassing van de Besluiten Leveringszekerheid?
 - iv. Is verduidelijking van de Besluiten Leveringszekerheid op dit punt opportuun?

Vragen en antwoorden

Vraag:

Moet de opvolgende leverancier die in de 'eerste vensterperiode' afnemers overneemt dezelfde tarieven en voorwaarden hanteren jegens de betrokken afnemers als de stakende leverancier hanteerde?

Antwoord PRDF:

- 7 Wij menen dat diverse argumenten het standpunt ondersteunen dat de opvolgende leverancier in de 'eerste vensterperiode' niet dezelfde tarieven en voorwaarden hoeft te hanteren jegens de betrokken afnemers als de stakende leverancier. Tegelijkertijd

⁶ Art. 3(6) Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2(6) Besluit leveringszekerheid E-wet.

⁷ Daarbij dienden de achtergronden die wij betrokken hebben bij onze notitie van 25 oktober en onze e-mail van 4 november 2021 – die wij ook bij de ACM bekend veronderstellen – tot uitgangspunt.

⁸ Wij doelen met name op de e-welbekende mails van 19 november 2021, alsook 10 en 15 maart 2021 en op onze telefoongespreken van 10 en 15 maart 2021.

erkennen wij dat de formulering van deze regeling in de Besluiten leveringszekerheid en de toelichting daarop aanleiding kunnen geven tot discussie. Wij lichten dit zo toe.

- 8 De Besluiten leveringszekerheid kennen hier als uitgangspunt dat kleinverbruikers in de 'eerste vensterperiode' niet mogen wisselen van leverancier.⁹ Zo krijgt de betreffende leverancier – dan wel diens bewindvoerder of curator – de gelegenheid te komen tot een overdracht van het gehele klantenbestand om zo de voortzetting van de levering van gas dan wel elektriciteit aan de betreffende kleinverbruikers te waarborgen.
- 9 In die 'eerste vensterperiode' kan de leverancier – dan wel diens bewindvoerder of curator – zelf onderhandelen met een of meer opvolgende leveranciers. De Besluiten leveringszekerheid schrijven in dit verband niet meer voor dan dat de stakende leverancier aan een of meer leveranciers met een Leveringsvergunning het "*bestand aan kleinverbruikers*" overdraagt.¹⁰ Volgens de Besluiten leveringszekerheid moet dat bestand ten minste – kortweg – 'naw'-gegevens omvatten. De Besluiten leveringszekerheid bepalen evenwel niet dat de opvolgende leverancier de betreffende leveringsovereenkomsten dan altijd zou moeten overnemen, al belemmeren de Besluiten leveringszekerheid evenmin dat hij die overneemt als hij dat met de stakende leverancier overeenkomt.¹¹
- 10 Toch kan men zich afvragen of deze regeling voor de 'eerste vensterperiode' niet beoogt ertoe te strekken dat de opvolgende leverancier de betreffende leveringsovereenkomsten overneemt. Zoals wij al met de ACM bespraken, heeft de Amsterdamse kantonrechter onlangs twee tussenvonnissen gewezen die hierop lijken te duiden. Ook een zinsnede uit de toelichting op de Besluiten leveringszekerheid zou hierop kunnen duiden. Daarnaast lijkt in de literatuur steun voor dit standpunt. Deze 'teggengeluiden' vergen een genuanceerde benadering, al rechtvaardigen die volgens ons om verschillende redenen niet de conclusie dat de opvolgende leverancier de leveringsovereenkomsten op grond van de Besluiten leveringszekerheid zou moeten overnemen in de 'eerste vensterperiode':
- i. Bij de beoordeling van de strekking van de Besluiten leveringszekerheid op dit punt is wat ons betreft de letterlijke tekst daarvan het startpunt. Die refereren in dit verband dus aan het 'klantenbestand', maar bevat geen voorschrift tot overname van de leveringsovereenkomsten van de stakende leverancier. Het zou op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel om desalniettemin een dergelijk voorschrift in de Besluiten leveringszekerheid te lezen. Steun voor zo'n op zich vergaande interpretatie zou dan expliciet moeten volgen uit de toelichting op de Besluiten leveringszekerheid of een

⁹ Art. 3(5)(a) Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2(5)(a) Besluit leveringszekerheid E-wet.

¹⁰ Zie art. 3(5)(b) Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2(5)(b) Besluit leveringszekerheid E-wet.

¹¹ Ibidem.

andere wettelijke regeling. Direct hierna lichten wij toe waarom die toelichting zo'n vergaande interpretatie volgens ons niet rechtvaardigt.

- ii. De toelichting op de Besluiten leveringszekerheid vermeldt onder meer: *"Het e-mailadres dient ertoe om zo snel mogelijk contact met de klant te kunnen leggen, teneinde de voortzetting van de leveringsovereenkomst voor elektriciteit en gas te garanderen."*¹²
- a. Hoewel de toelichting hier refereert aan de *"voortzetting van de leveringsovereenkomst"*, impliceert die niet per se dat de wetgever beoogt dat leveringsovereenkomsten ook moeten overgaan in de 'eerste vensterperiode'. Deze zinsnede sluit in ieder geval niet uit dat de leveringsovereenkomsten niét overgaan.
- b. Daarbij komt deze zinsnede uit een passage die juist gaat over de 'restverdelingsregeling', niet over de 'eerste vensterperiode'. Nu verhoudt het overgaan van leveringsovereenkomsten zich niet met het voorschrift uit de restverdelingsregeling dat toestaat dat de opvolgende leverancier zijn *eigen* voorwaarden hanteert, maar dat lijkt ons eerder een slordigheid in de redactie.
- c. Overigens komt de restverdelingsregeling in dit stuk van de toelichting aan de orde in de sleutel van de Besluiten vergunning levering elektriciteit respectievelijk gas aan kleinverbruikers (de **"Besluiten vergunningvoorwaarden"**). Het Besluit vergunningvoorwaarden beschrijft welke 'naw'-gegevens de leverancier moet registreren, niet wat geldt in de 'eerste vensterperiode'. Die context relativeert deze zinsnede verder.
- d. De Besluiten leveringszekerheid wijzigen ook de Besluiten vergunningvoorwaarden. In dat verband vermeldt de toelichting: *"Daarnaast moeten deze gegevens overdraagbaar zijn aan andere leveranciers opdat deze snel aan de slag kan gaan met de inkoop van energie en de facturering van de toebedeelde kleinverbruikers."*¹³ Die toelichting duidt dus veeleer op de overdracht van gegevens en het organiseren van een proces, niet op de overdracht van leveringsovereenkomsten. Daarbij suggereert de term *"toebedeelde"* hier weer toepassing van de restverdelingsregeling.

- iii. De wettelijke grondslagen voor de Besluiten leveringszekerheid zijn kortweg met name:

Elektriciteit:

¹² Stb 2018, 231, onder 2.4, p. 10 – 11.

¹³ Stb 2018, 231, p. 27 – 28.

- "voorzieningen [...] treffen in geval van een faillissement van een leverancier van elektriciteit aan [kleinverbruikers]"¹⁴
- "een passend niveau van voorzieningen [...] treffen en te handhaven, waaronder het aanhouden van voldoende productiereservecapaciteit, in verband met de leveringszekerheid op de korte en de lange termijn"¹⁵ en
- "Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de tijdelijke voorzieningen en de procedure bij intrekking van een vergunning"¹⁶

Gas:

- "voorzieningen te treffen in verband met de leveringszekerheid";¹⁷
- "voorzieningen [...] treffen in geval van een faillissement van een leverancier van gas aan [kleinverbruikers]";¹⁸ en
- "Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de tijdelijke voorzieningen en de procedure bij intrekking van een vergunning".¹⁹

Deze grondslagen strekken in ieder geval tot het waarborgen van de leveringszekerheid. Deze grondslagen bevatten geen aanwijzing dat de leveringsovereenkomsten van de stakende naar de opvolgende leverancier zouden moeten overgaan. Het waarborgen van de leveringszekerheid vergt veeleer feitelijke handelingen en het zou wel ver voeren daarin te lezen dat die leveringszekerheid gebiedt dat de leveringsovereenkomsten overgaan naar de opvolgende leverancier. Daarmee zou de wettelijke grondslag ontbreken voor zo'n voorschrift in de Besluiten leveringszekerheid.

- iv. Juist omdat de Besluiten leveringszekerheid dus veeleer bedoeld lijken om de fysieke en administratieve continuering van de levering van gas en elektriciteit aan kleinverbruikers zeker te stellen, vinden wij het minder aannemelijk dat de Besluiten leveringszekerheid ook verbintenisrechtelijke aspecten, zoals contractsovername zouden regelen.
- v. Het BW bevat in essentie het kader voor de overgang van overeenkomsten. Daarvoor is de medewerking van de afnemer vereist.²⁰ Een voorschrift in de Besluiten leveringszekerheid dat leveringsovereenkomsten in de 'eerste vensterperiode' altijd moeten overgaan van de stakende op de opvolgende leverancier zou daarmee op gespannen voet staan en daarmee – mogelijk – buiten toepassing moeten blijven, omdat het dan in strijd zou kunnen zijn met de – geest – van de regeling ter zake in het BW.

¹⁴ Art. 16(8)-(9) jo. 16(1)(m) E-wet.

¹⁵ Art. 16(8)-(9) jo. 16(2)(d) E-wet.

¹⁶ Art. 95f(2) E-wet.

¹⁷ Art. 10a(4)-(5) jo. (1)(a) Gaswet.

¹⁸ Art. 10a(4)-(5) jo. 10(3)(c) Gaswet.

¹⁹ Art. 47(2) Gaswet.

²⁰ Art. 6:159 BW

- vi. Daarbij zou een voorschrift dat de leveringsovereenkomsten moeten overgaan van de stakende op de opvolgende leverancier de rechten kunnen aantasten van de afnemer. Als zijn leveringsovereenkomst niets daarover bepaalt, zal zijn medewerking voor contractsoverneming volgens het BW immers vereist zijn. Indien zijn leveringsovereenkomst inderdaad niet automatisch overgaat, zou de afnemer – in het faillissement – een vordering kunnen hebben op de stakende leverancier uit hoofde van een tekortkoming in de nakoming van de leveringsovereenkomst; hierop komen wij hierna nog terug. Indien de leveringsovereenkomst echter automatisch zou overgaan, zou de afnemer althans die vordering niet meer hebben op de stakende leverancier.
- vii. De 'naw'-gegevens die de stakende leverancier tijdens de 'eerste vensterperiode' in ieder geval moet verschaffen omvatten niet de leveringsvoorwaarden en de overeengekomen tarieven. Zouden de leveringsovereenkomsten in de 'eerste vensterperiode' over moeten gaan, dan zou de opvolgende leverancier daarin ten minste ook inzicht moeten hebben.²¹ Zo zou de opvolgende leverancier de einddatum van die dan overgaande leveringsovereenkomsten moeten weten – vaak blijken die namelijk voor bepaalde tijd gesloten te zijn. Daarbij kan het tarief maatwerk zijn.
- viii. Als de onderhandelingen in de 'eerste vensterperiode' niet tot een succesvolle overdracht van het klantenbestand leiden, treedt de restverdelingsregeling in werking.²² In dat verband bepalen de Besluiten leveringszekerheid met zoveel woorden dat de opvolgende leverancier de levering van gas dan wel elektriciteit voortzet op basis van een overeenkomst voor onbepaalde tijd onder "*zijn voorwaarden*".²³

Tegelijkertijd constateren wij dat de Besluiten leveringszekerheid bij toepassing van de restverdelingsregeling niet met zoveel woorden bepalen dat de opvolgende leverancier ook '*zijn tarieven*' mag hanteren. Dit is opmerkelijk, omdat de Gaswet en E-wet wél een duidelijk onderscheid kennen tussen enerzijds tarieven en anderzijds voorwaarden. Het lijkt ons op zich evenwel logisch dat de wetgever met de woorden "*zijn voorwaarden*" ook '*zijn tarieven*' bedoeld heeft; dit volgt ook uit de eerste toelichting op de Besluiten leveringszekerheid.²⁴

Dat een gelijklopende tekst (onder "*zijn voorwaarden*") ontbreekt in de regeling voor de 'eerste vensterperiode', betekent volgens ons niet dat, a

²¹ Weliswaar zullen vaak de algemene voorwaarden van Energie-Nederland ("*Algemene voorwaarden voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers 2017*") gelden die sectorbreed toepassing kennen, maar uitzonderingen zijn voorstelbaar.

²² Zie art. 3(6) Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2(6) Besluit leveringszekerheid E-wet.

²³ Zie art. 3(6)(c) Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2(6)(c) Besluit leveringszekerheid E-wet.

²⁴ Stb. 2006, 104, p. 13.

contrario, de opvolgende leverancier de afnemer bij een overdracht van het klantenbestand, maar niet de onderliggende leveringsovereenkomsten, in de 'eerste vensterperiode' niet op eigen tarieven en voorwaarden zou mogen leveren. De regeling refereert immers aan de overdracht van het *klantenbestand*, en niet aan de overdracht van de leveringsovereenkomsten.

- ix. Bovendien zijn de onderhandelingen in de 'eerste vensterperiode' in ieder geval in zoverre vrij dat de leverancier (dan wel diens bewindvoerder of curator) niet de opvolgende leverancier(s) kunnen dwingen tegen zijn (hun) zin in dezelfde tarieven in rekening te laten brengen.
- x. Als de opvolgende leverancier de leveringsovereenkomsten van de stakende dan toch zou moeten overnemen in de 'eerste vensterperiode', zou de regeling in de praktijk weinig effectief zijn, zeker in de huidige situatie. Wij denken namelijk dat de financiële situatie meestal de leverancier tot staking van zijn activiteiten dwingt en die zijn vaak ingegeven door het verschil tussen de inkoopkosten en de overeengekomen tarieven. Wij denken dat als de betreffende leveringsovereenkomsten verlieslatend zijn, andere leveranciers weinig interesse zullen hebben in overname daarvan. In feite zou men dan uitkomen bij de restverdelingsregeling.
- xi. Dat in de 'eerste vensterperiode' alleen het "*klantenbestand*" zou overgaan, zonder leveringsovereenkomsten, past in onze ervaring in de faillissementspraktijk, waarin een curator ervoor kan kiezen tegen betaling slechts een klantenbestand over te dragen.
- xii. Denkbaar is evenwel dat de wetgever oog heeft gehad voor de hiervoor geschetste overwegingen, maar de Besluiten leveringszekerheid op dit punt bewust niet heeft uitgewerkt, juist om niet het BW op dit punt te doorkruisen.
- xiii. De feiten die ten grondslag liggen aan de tussenvonnissen van de Amsterdamse kantonrechter, die hiervoor al aan de orde kwamen, zijn niet volledig bekend.²⁵ De feiten staan daarin summier vermeld en de kantonrechter vermoedt dat de betrokken klanten en hun overeenkomsten met de stakende leverancier in de 'eerste vensterperiode' via een overeenkomst met de opvolgende leverancier zijn overgegaan maar geeft de opvolgende leverancier de gelegenheid tegenbewijs te leveren. Een verklaring ervoor dat de opvolgende leverancier tot dusver beperkt feiten heeft aangedragen kan heel wel zijn dat uitgebreide dagvaardingen niet lonen gegeven de beperkte omvang van de vorderingen.

²⁵ Rechtbank Amsterdam 24 januari 2022 ECLI:NL:RBAMS:2022:263; en Rechtbank Amsterdam 28 januari 2022 ECLI:NL:RBAMS:2022:263.

De kantonrechter lijkt in de tussenvonnissen te impliceren dat in de 'eerste vensterperiode' de leveringsovereenkomsten zijn overgegaan op de opvolgende leverancier, maar hij lijkt niet te stellen dat de de Besluiten leveringszekerheid voorschrijven dat de leveringsovereenkomsten altijd moeten overgaan in de 'eerste vensterperiode'. Wellicht komt de kantonrechter tot zijn overweging ter zake op basis van een stelling in de processtukken; dat weten we niet.

Daarbij wil de kantonrechter ambtshalve toetsen of de opvolgende leverancier bepaalde consumentenbeschermingsregels in acht heeft genomen, want die gelden altijd. De Besluiten leveringszekerheid zijn dan niet relevant.

Verder heeft de Rotterdamse kantonrechter eerder een vonnis gewezen in een tamelijk vergelijkbaar geschil.²⁶ Het lijkt in die zaak te gaan om dezelfde overdracht van klanten of leveringsovereenkomsten van een stakende aan een opvolgende leverancier. Dat vonnis vermeldt dat via cessie vorderingen zijn overgegaan van de stakende naar de opvolgende leverancier. Het is denkbaar dat niet alleen de vorderingen, maar ook de onderliggende leveringsovereenkomsten dan zijn overgedragen. Of dat werkelijk zo is en of de Amsterdamse zaken wat dat betreft identiek zijn, weten we niet.

Daarmee is nog maar de vraag of deze uitspraak en overwegingen van de Amsterdamse kantonrechter richtinggevend zullen zijn voor de uitleg van de Besluiten leveringszekerheid.

- xiv. Een schrijver van een artikel dat lijkt te impliceren dat de leveringsovereenkomsten overgaan in de 'eerste leveringsperiode' heeft laten weten dat hij en zijn mede-auteur niet willen suggereren dat dat de leveringsovereenkomsten dan ook over moeten gaan.
- 11 Al met al denken wij dat een opvolgende leverancier in de 'eerste vensterperiode' niet gedwongen kan worden dezelfde tarieven en voorwaarden te hanteren jegens de betrokken afnemers als de stakende leverancier hanteerde. Voorts denken wij dat de regeling de ruimte biedt aan de stakende leverancier (dan wel diens curator of bewindvoerder) om tot een overdracht te komen van het klantenbestand zónder dat de leveringsovereenkomsten (voorwaarden en tarieven) daarbij mee overgaan.
- 12 Aldus ontstaan 'vrije onderhandelingen' in de 'eerste vensterperiode' die kunnen culmineren in verschillende scenario's. Wij noemen er daarvan tot besluit in dit verband enkele:

²⁶ Rechtbank Rotterdam 30 juli 2021 ECLI:NL:RBROT:2021:12954.

- i. Zo zou die onderhandeling kunnen resulteren in de overdracht en overname van de leveringsovereenkomsten met de betreffende afnemers – mits uiteraard de afnemers daaraan medewerking geven of die medewerking op voorhand al gegeven hebben omdat de leveringsovereenkomsten daarin voorzien.
- ii. Ook zou die onderhandeling kunnen resulteren in de overname van de aandelen in de vennootschap waarin de stakende leverancier de betreffende afnemers heeft ondergebracht. Een fusie van die vennootschap met een vennootschap van de overnemende leverancier is dan ook denkbaar.
- iii. Tegelijkertijd zou die vrije onderhandeling kunnen resulteren in de overdracht van alleen het klantenbestand van de stakende leverancier. Er zouden dan nieuwe leveringsovereenkomsten tot stand moeten komen tussen de opvolgende leverancier en de betrokken afnemers. Die nieuwe leveringsovereenkomsten kunnen dan nieuwe tarieven en voorwaarden omvatten.
- iv. Een andere uitkomst is dat overeenstemming met een andere leverancier uitblijft en de klanten – nog – niet overgaan.

Vraag:

Welke rechten en verplichtingen hebben de opvolgende leverancier en de betrokken afnemers bij toepassing van de Besluiten Leveringszekerheid?

Antwoord:

- 13 Het antwoord op deze vraag hangt af van de uitkomst van de onderhandelingen tussen de stakende leverancier (dan wel diens bewindvoerder of curator) en de opvolgende leverancier.
- 14 Indien de opvolgende leverancier de leveringsovereenkomsten – met de daarvoor vereiste instemming – overneemt, of de leveringsovereenkomsten op andere wijze binnen de onderneming van de opvolgende leverancier komen (bijvoorbeeld als de aandelen in de leverancier worden overgenomen), gaan in beginsel alle rechten en verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst over op de opvolgende leverancier. De wet (het BW) laat toe dat partijen andere afspraken maken ten aanzien van bijvoorbeeld al opeisbare verplichtingen. Het is dus denkbaar dat de afnemers de openstaande bedragen ten tijde van de overname nog aan de stakende leverancier moet betalen en alleen toekomstige (termijn)bedragen aan de opvolgende leverancier.
- 15 Indien de opvolgende leverancier de leveringsovereenkomsten *niet* overneemt, ontstaan verschillende rechtsverhoudingen: (1) de overeenkomst met de stakende leverancier die door de stakende leverancier niet meer wordt nagekomen en waarin

nog een afrekening moet plaatsvinden en (2) de nieuwe levering door de opvolgende leverancier aan de afnemers.

- 16 Als gevolg daarvan ontstaat wel vanuit het perspectief van de afnemers de opmerkelijke situatie dat:
- i. de Besluiten leveringszekerheid inbreuk maken op bepaalde civiele rechten zoals hun recht op opschorting; en
 - ii. zij voor korte duur²⁷ geconfronteerd kunnen worden met nieuwe (hogere) tarieven en voorwaarden voor gas of elektriciteit, zonder dat zij die tarieven en voorwaarden hebben aanvaard.
- 17 De levering van gas dan wel elektriciteit door een leverancier aan afnemers en de toepassing van tarieven en de voorwaarden op grond waarvan de leverancier dat zou doen, zouden op zich de medewerking vereisen van de betrokken afnemers, ook als de betreffende leverancier die afnemers verworven heeft door de overname van het klantenbestand van de stakende leverancier in de 'eerste vensterperiode'. Een betrokken afnemer zou zich dan ook op het standpunt kunnen stellen dat hij de tarieven en voorwaarden van de opvolgende leverancier niet accepteert.
- 18 Tegelijkertijd volgt uit de Besluiten leveringszekerheid – dus – dat de betreffende afnemers in de 'eerste vensterperiode' niet van leverancier mogen wisselen. En als de Leveringsvergunning van de stakende leverancier wordt ingetrokken dan wel die faillieert, mag en kan die hun sowieso geen elektriciteit of gas meer leveren. De betrokken afnemers zijn dan automatisch aangewezen op de levering van gas en elektriciteit door de opvolgende leverancier.
- 19 Daarbij volgt uit de algemene voorwaarden van Energie-Nederland, die onder meer van toepassing zijn verklaard op het 'modelcontract'²⁸ voor de levering van gas of elektriciteit aan kleinverbruikers dat de ACM heeft goedgekeurd, dat de leveringsovereenkomst eindigt als de Leveringsvergunning wordt ingetrokken.²⁹ Dus zeker voor zover de stakende leverancier die algemene voorwaarden hanteert, zou aan het eind van de 'eerste vensterperiode' de leveringsovereenkomst eindigen en de afnemer geen leveringsovereenkomst meer hebben.

Daarmee reflecteren de algemene voorwaarden in feite de overweging in de toelichting bij de eerste Besluiten leveringszekerheid dat de normen uit de Besluiten leveringszekerheid ter zake moeten doorwerken in de leveringsovereenkomsten.³⁰

²⁷ Zij kunnen na dertig dagen overstappen naar een andere leverancier op grond van art. 52b(7) Gaswet en art. 95m(7) E-wet.

²⁸ Art. 95na E-wet; art. 52ca Gaswet.

²⁹ Art. 2.12 van de betreffende algemene voorwaarden.

³⁰ Stb. 2006, 104, p. 7.

20 De vraag is dan wat de grondslag is voor de relatie tussen de opvolgende leverancier en de afnemer die diens voorwaarden niet accepteert. Uit de Besluiten leveringszekerheid volgt die op zich niet onomstotelijk. Het aannemelijkst lijkt ons dat de relatie tussen de opvolgende leverancier en een afnemer wordt beheerst door een verbintenis die wordt ingevuld de redelijkheid en billijkheid.³¹ Het kader voor die verbintenis is dat afnemer enerzijds 'veroordeeld is tot de opvolgende leverancier' en anderzijds de continuïteit van zijn gas- dan wel elektriciteitsvoorziening gewaarborgd ziet en dus gas dan wel elektriciteit afneemt van de opvolgende leverancier.³²

Overigens zou men in dit verband ook kunnen denken aan een bepaalde vorm van zaakwaarneming, maar wij menen dat die figuur niet goed past, omdat voor zaakwaarneming vereist is dat men bewust het belang van de ander behartigt zonder dat een rechtshandeling of andere wettelijke rechtsverhouding daarvoor de bevoegdheid geeft.³³ De basis voor de overname van het 'klantenbestand' is – via de Besluiten leveringszekerheid – de Gaswet respectievelijk E-wet, terwijl die overname zelf voortvloeit uit een overeenkomst tussen de stakende en de opvolgende leverancier.

21 Wij menen al met al dat het op zich redelijk is dat de opvolgende leverancier in die situatie wel een vergoeding zal mogen rekenen voor het gas en de elektriciteit die hij de afnemers dan levert. Die vertegenwoordigen namelijk een bepaalde waarde en die afnemers profiteren daar ook van; de opvolgende leverancier verzekert voor hen immers de continuïteit van de levering van gas dan wel elektriciteit.

22 Bovendien schrijven de Besluiten leveringszekerheid voor dat de leveringsvoorwaarden redelijk moeten zijn.³⁴ Die norm volgt ook uit de Gaswet en de E-wet, die eveneens bepalen dat de leveringstarieven redelijk moeten zijn.³⁵ Het generieke consumentenbeschermingsrecht blijft daarbij ook gelden voor de overnemende leverancier. De ACM kan op deze regels toezicht houden en deze zo nodig handhaven, al beseffen wij dat dat toezicht vaak *ex post* zal zijn en het dus nog maar de vraag is of de ACM meteen in de weken na overdracht van klanten naar een nieuwe leverancier de voorwaarden zal weten te toetsen die hij hanteert jegens deze nieuw verworven klanten. Als we er daarbij van uitgaan dat de opvolgende leverancier hier het 'modelcontract' hanteert, zullen de voorwaarden daarvan wat ons betreft weinig discussie kunnen opleveren, want de ACM heeft die op voorhand immers al goedgekeurd.

Overigens geldt dat voor zover leveranciers gas of elektriciteit leveren op basis van een Leveringsvergunning zij in de wintermaanden afsluiting van kleinverbruikers zo veel mogelijk moeten voorkomen.³⁶ In zoverre zijn kleinverbruikers die het voorwerp vormen van een overdracht op grond van de Besluiten leveringszekerheid verder beschermd.

³¹ Artt. 6:2 jo. 6:248 jo. 6:216 BW.

³² Vergelijk: rechtbank Arnhem-Leeuwarden 22 september 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5028, onder meer rov. 4.13.

³³ Art. 6:198 e.v. BW.

³⁴ Zie art. 3(8) Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2(8) Besluit leveringszekerheid E-wet.

³⁵ Zie art. 44(1) Gaswet en art. 95b(1) E-wet.

³⁶ Art. 95b(7)-(8) E-wet; art. 44(7)-(8) Gaswet.

- 23 Desalniettemin blijft het de vraag of de Gaswet en de E-wet wel een voldoende deugdelijke juridische grondslag kunnen bieden voor zo'n 'gedwongen' tijdelijke acceptatie van tarieven en voorwaarden van een opvolgende leverancier via de Besluiten leveringszekerheid.

In dat verband merken wij ook nog op dat niet uit te sluiten valt dat de voorliggende constructie leidt tot een inbreuk op eigendomsrechten van de afnemer, zoals beschermd via art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Die moet immers 'gedwongen' tijdelijk andere tarieven en voorwaarden accepteren. Of hier daadwerkelijk een inbreuk aan de orde is, vergt nadere analyse. Alvorens die analyse te maken, bespreken wij graag met de ACM of zij die opportuun acht.

Ook valt niet uit te sluiten dat afnemers die weigeren de tarieven te betalen met succes zouden kunnen stellen dat zich erop zouden kunnen beroepen dat hier een ongevraagde levering in de zin van consumentenbeschermingsrichtlijnen aan de orde is.³⁷

Vraag:

Welke rechten en vorderingen hebben de betrokken afnemers jegens dan wel op de stakende leverancier bij toepassing van de Besluiten Leveringszekerheid?

Antwoord:

- 24 Ook hier geldt dat het antwoord op deze vraag afhangt van de uitkomst van de onderhandelingen tussen de stakende leverancier (dan wel diens bewindvoerder of curator) en de opvolgende leverancier.
- 25 Indien de opvolgende leverancier de leveringsovereenkomsten overneemt, zijn er geen rechten en plichten meer in de relatie van de afnemers tot de stakende leverancier, behoudens voor zover de opvolgende en de stakende leverancier overeenkomen dat de openstaande bedragen ten tijde van de overname nog aan de stakende leverancier moeten worden voldaan, zie onder 14 hiervoor.
- 26 Indien de opvolgende leverancier de leveringsovereenkomsten *niet* overneemt, ontstaan verschillende rechtsverhoudingen en kunnen de betrokken afnemers nog steeds wel aanspraken hebben jegens de stakende leverancier uit hoofde van de leveringsovereenkomsten die zij met hem hebben gesloten.
- 27 De betreffende leveringsovereenkomsten zijn in beginsel namelijk nog niet beëindigd of ontbonden.³⁸ De bestaande overeenkomst zal alleen niet meer worden nagekomen door de stakende leverancier.

³⁷ Vergelijk (*a contrario*) HvJEU 3 februari 2021, C-922/19 en Hoge Raad 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1889 over de - 'ongevraagde' - levering van water.

³⁸ Een vast uitgangspunt in het Nederlandse faillissementsrecht is dat het faillissement geen afbreuk doet aan lopende overeenkomsten. Daarbij mogen de betrokken afnemers de leveringsovereenkomsten niet opschorten in de 'eerste vensterperiode'.

- 28 De afnemer kan, ook in faillissement, diverse civiele bevoegdheden hanteren zoals het recht de overeenkomst (geheel of gedeeltelijk) te ontbinden en aanspraak maken op schadevergoeding.³⁹ Zelfs als de leveringsovereenkomst wél eindigt, zoals bijvoorbeeld op grond van de algemene voorwaarden van Energie Nederland (zie randnummer 22 hiervoor), geldt dat de afnemer nog steeds aanspraak zal kunnen maken op schadevergoeding.

Het besluit tot intrekking van de Leveringsvergunning moet naar onze mening in veel gevallen voor rekening en risico komen van de leverancier en zou dan geen overmacht opleveren. Dat zou anders zijn als de leverancier het niet in de hand zou hebben dat hij zijn leveringsverplichtingen niet meer kan nakomen, maar wij denken dat de leverancier meestal wél geacht moet worden dat in de hand te hebben:

- Zo kan de nijpende situatie bij de stakende leverancier het gevolg zijn van speculatie. Eventuele ongunstige speculatie op de prijzen voor de inkoop van gas en elektriciteit voor zijn afnemers, zouden wij niet willen aanmerken als overmacht. Wij denken dat een oorlogssituatie, zoals nu in Oekraïne, ook niet snel overmacht zou opleveren, juist omdat de stakende leverancier voordat die uitbrak kennelijk bewust gekozen heeft voor speculatie en onvoldoende 'dekkingskopen' heeft gedaan. De algemene voorwaarden van Energie Nederland lijken ook geen basis te bieden voor een beroep op overmacht. Het is echter denkbaar dat in de overeenkomst tussen een stakende leverancier en een afnemer een specifieke overmachtsregeling is opgenomen, die een beroep op overmacht in deze omstandigheden wel rechtvaardigt.
- Waar de stakende leverancier het hiervoor ook aangehaalde modelcontract hanteert, kan hij op bepaalde momenten, en in bepaalde situaties zijn tarieven aanpassen; wij verwijzen naar de notitie ter zake van 1 november 2021 van onze kantoorgenoot Jeroen Langbroek aan de ACM. Als een leverancier zijn tarieven niet aanpast, terwijl hij daartoe wel de mogelijkheid heeft, komt overmacht evenmin in beeld (en waarom zou hij die dan niet aanpassen?).

- 29 Bovendien hoeft de afnemer zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst (bijvoorbeeld betaling van termijnbedragen) voor de toekomst ook niet meer na te komen indien vaststaat dat de overeenkomst in het faillissement niet gestand wordt gedaan.⁴⁰

- 30 Een vordering uit hoofde van schadevergoeding (als nieuwe leveringen van gas en elektra tegen een hoger tarief plaatsvinden) kan worden ingediend in het faillissement van de energieleverancier⁴¹ en deze schadevordering kan door de afnemers worden verrekend⁴² met nog openstaande schulden aan de stakende leverancier ten aanzien van de leveringen van vóór de overgang.

³⁹ Zie rechtsoverweging 3.5.2 van Hoge Raad 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729.

⁴⁰ Zie art. 37 Fw.

⁴¹ Zie art. 37a Fw.

⁴² Zie art. 53 Fw.

In de praktijk zal veelal geen uitkering aan de afnemers uit het faillissement kunnen plaatsvinden. Bij faillissementen van energieleveranciers als gevolg van de huidige prijsstijgingen valt niet uit te sluiten dat uit het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek van de curator een ernstige mismatch zal blijken tussen de verkoop en de inkoop als gevolg waarvan in de periode tot aan de prijsstijging aanzienlijke (over)winsten zijn gerealiseerd die aan de aandeelhouders zijn uitgekeerd. Onder dergelijke omstandigheden zou een curator tot het oordeel kunnen komen dat bestuurders en/of aandeelhouders aansprakelijk te stellen zijn voor de schade van de afnemers. Zou een curator daarin slagen, dan verbeteren de vooruitzichten voor de afnemers.

Vraag:

Is verduidelijking van de Besluiten Leveringszekerheid op dit punt opportuun?

Antwoord:

- 31 Wij denken daarom dat versterking en verduidelijking van de wettelijke grondslag hier zekerheid kunnen bieden en zouden kunnen helpen eventuele discussie in de toekomst te voorkomen.

Men zou in dat verband ook kunnen verkennen of het mogelijk is in de Besluiten leveringszekerheid op te nemen dat de partijen in de 'eerste vensterperiode' slechts kunnen onderhandelen over de overname van de levering van gas of elektriciteit aan de betreffende klanten tegen de tarieven en onder de voorwaarden die de stakende leverancier hanteert.

Tegelijkertijd wijzen wij erop dat zo'n beperking de kans op een succesvolle overdracht van de klanten in de 'eerste vensterperiode' heel goed kan verkleinen, omdat andere leveranciers daarin dan minder interesse zouden kunnen tonen. Dit zou een negatieve invloed kunnen hebben op het mogelijke voordeel vanuit administratief perspectief dat de getroffen klanten slechts naar aan één leverancier worden overgezet.

Tot slot

- 32 Tot zover onze reflectie op deze vraag van de ACM. Wij bespreken graag binnenkort of die beantwoordt aan de verwachtingen van de ACM.
- 33 Ten slotte merken wij nog op dat – zoals wij inmiddels bespraken – bij een overname van klanten door een leverancier van een andere leverancier vóórdát de regelingen voor de 'eerste' of 'tweede' 'vensterperiodes' gelden het generieke verbintenisrecht het uitgangspunt is. Kortweg zou men dan bijvoorbeeld via de figuur van contractovername of overdracht van de entiteit waarin de leveringsovereenkomsten zich bevinden zo'n overname kunnen bewerkstelligen. Wij laten het bij deze notie, omdat dit onderwerp verder het bestek van dit advies te buiten gaat.
