

De energieprosumant en de voorwaarden voor (terug)levering van elektriciteit: slikken of beschikken?

Als onderdeel van de energietransitie verbruiken steeds meer consumenten niet alleen elektriciteit, maar wekken deze ook zelf op en verhandelen de opwek om daar duurzaam voordeel uit te generen. Zij worden energieprosumant en spelen een dubbelrol als verbruiker en producent van elektriciteit. Deze bijdrage toont dat de energieprosumant een toegesneden beschermingsregeling vraagt, die rekening houdt met de specifieke kwetsbaarheden van de energieprosumant en voorziet in effectieve remedies. De gesplitste benadering van de bescherming van de energieprosumant binnen het energierecht en consumentencontractenrecht schiet tekort. Een zekere integratie van het consumentencontractenrecht en beschermend energierecht lijkt noodzakelijk voor het succes van de energietransitie.

1. De energieprosumant: ontvanger van rechten én plichten

1.1. Inleiding

De particuliere afnemer van elektriciteit (de energieconsument) speelt een centrale rol in de energietransitie. Richtlijn (EU) 2019/944 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (herschikking) (de Elektriciteitsrichtlijn) vindt er geen doekjes om: van energieconsumenten wordt verwacht dat zij (zoveel mogelijk) een actievere rol gaan innemen op de elektriciteitsmarkt, in het bijzonder door het verhandelen van hun 'flexibiliteit'¹ en de door hunzelf opgewekte elektriciteit.² Energieconsumenten zouden zo kunnen profiteren van economische, sociale en milieuwinsten.

Steeds meer 'energieconsumenten' verbruiken daarom ook niet alleen elektriciteit, maar wekken deze zelf op en leveren het niet-gebruikte deel binnen hun energieleveringsovereenkomst 'terug aan hun leverancier'.³ Zij worden energieprosumant: een samenvoegsel van 'consument' en 'producent'.⁴ De energieprosumant wekt in Nederland in de eerste plaats elektriciteit op voor eigen gebruik. Er is sprake van verbruik 'achter de meter': elektriciteit wordt direct verbruikt voordat deze op het elektriciteitsnet wordt ingevoerd.⁵ Slechts overtollige elektriciteit wordt ingevoerd. Dat wordt 'terugleveren' genoemd.

De energieprosumant profiteert door toepassing van de salderingsregeling en de eventuele betaling van een terugleververgoeding door de leverancier. Onder de salderingsregeling wordt de totale som van aan het net onttrokken elektriciteit (het verbruik) verminderd met de totale som van aan het net ingevoerde elektriciteit (het surplus aan opgewekte elektriciteit), tot een minimum van nul.⁶ Dat gebeurt op jaarbasis. Slechts over het netto positieve saldo wordt het leveringstarief, inclusief heffingen, in rekening gebracht.⁷ Wanneer er geen netto positief saldo is, worden dus geen leveringstarief en heffingen in rekening gebracht. Afhankelijk van het contract wordt aan de hand van een variabel tarief (eventueel met normaal- en daltarief) ofwel aan de hand van een vast tarief afgerekend. Waar het totaal aan ingevoerde elektriciteit het totaal aan onttrokken elektriciteit overstijgt, is de leverancier gehouden een redelijke vergoeding (de terugleververgoeding) te betalen

* Promovendus verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn onderzoek richt zich op de bescherming van de energieconsument en -prosumant onder het energierecht, het consumentencontractenrecht en het financiële recht. Dit artikel vormt een bewerking van de gelijknamige masterscriptie die in het kader van de Master Rechtswetenschappelijk Onderzoek aan de Rijksuniversiteit Groningen is geschreven. De auteur dankt Charlotte Pavillon en Lea Diestelmeier voor hun waardevolle begeleiding.

1. Flexibiliteitsdiensten (ook wel vraagresponsdiensten) zijn diensten die erop gericht zijn om het onevenwicht tussen de invoer en uitvoer op het elektriciteitsnet, of schommelingen daarin op te vangen, bijvoorbeeld door het eigen verbruik naar beneden bij te stellen (ook wel vraagrespons) of elektriciteit uit het net te halen en op te slaan.
2. Zie cons. 39 en 43 van Richtlijn (EU) 2019/944. De focus in dit stuk ligt op de opwek van elektriciteit.
3. Zo werd in 2020 20 petajoule opgewekt door huishoudens. De verwachting is dat dit in 2030 zal zijn gestegen naar 62 petajoule, zie: Klimaat- en Energieverkenning 2021, p. 143, raadpleegbaar via: pbl.nl/sites/default/files/downloads/pbl-2021-klimaat-en-energieverkenning-2021-4681.pdf.
4. L. Diestelmeier & M. Hesselman, 'De positie van huishoudelijke consumenten in het EU Winterpakket: Tussen participeren en beschermen', *NTE* 2018, afl. 1/2, p. 31-40, p. 37.
5. Arzini & Kindt 2020, p. 612. Zie ook: zonnepaneel-subsidies.nl/definities/achter-de-meter/. Een alternatief is gebruik 'voor de meter', in welk geval opgewekte elektriciteit volledig wordt ingevoerd en de volle elektriciteitsvraag wordt voldaan vanuit het elektriciteitsnet.
6. Art. 31c lid 1 jo. 95c lid 2 Elektriciteitswet (E-wet) jo. art. 50 lid 1-2 Wbm. Zie ook: *Kamerstukken II* 2020/21, 35594, nr. 3, p. 2; Diestelmeier & Hesselman 2018, p. 37.
7. Art. 50 lid 2 Wet belastingen op milieugrondslag.

aan de energieprosumant.⁸ De energieprosumant krijgt hiermee een nieuwe rol, namelijk als ‘terugleverancier’ van opgewekte elektriciteit.

Volledig afscheid van zijn oude rol als elektriciteitsverbruiker neemt de energieprosumant echter niet. De energieprosumant speelt een dubbelrol.⁹ De energieprosumant zal immers nog steeds afhankelijk zijn van een energieleverancier op momenten waarop de eigen elektriciteitsproductie onvoldoende is voor de eigen elektriciteitsvraag. Daarbij bevindt de energieprosumant zich – net als de energieconsument – in een zwakke onderhandelingspositie en beschikt hij over minder informatie dan de verkoper, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen, en mogelijk geconfronteerd wordt met ongewenste eenzijdige wijzigingen van de voorwaarden.¹⁰ De energieprosumant blijft in veel opzichten dus gelijk aan de energieconsument.

Bestudering van de door verschillende energieleveranciers gehanteerde voorwaarden rond de teruglevering van elektriciteit laat bovendien een grote mate van onduidelijkheid en diversiteit van de gehanteerde voorwaarden zien.¹¹ Zo is de terugleververgoeding in de meeste gevallen gelijk aan het kale leveringstarief per kilowattuur (kWh), maar wordt door enkele energieleveranciers een vast tarief gehanteerd, dat lager ligt dan het kale leveringstarief.¹² Enkele leveranciers hanteren bovendien het kale leverings-tarief inclusief btw, waar anderen juist een tarief exclusief btw hanteren.¹³ De precieze voorwaarden blijken echter lastig te achterhalen.¹⁴ Transparantie ontbreekt dus. Dit bemoeilijkt het maken van een geïnformeerde keuze wat betreft de leverancierskeuze met betrekking tot het terugleveren. De energieprosumant lijkt gelet op bovenstaande

dus in vergelijkbare mate als de energieconsument beschermingsbehoefte te zijn.¹⁵

1.2. Centrale probleemstelling: een nieuwe kijk op de energieprosumant

De dubbele rol van de energieprosumant lijkt gepaard te gaan met gewijzigde rechten en plichten. In belastingsferen wordt de energieprosumant reeds behandeld als ‘btw-ondernemer’, aangezien hij geacht wordt elektriciteit terug te leveren aan zijn energieleverancier met het oogmerk er duurzaam voordeel uit te behalen.¹⁶ Maar ook binnen de concept-Energiewet¹⁷ lijkt gedacht te worden dat de energieprosumant bij de teruglevering van elektriciteit met minder bescherming en rechten af kan. De splitsing van de energieleveringsovereenkomst in een ‘leveringsovereenkomst’ en een ‘terugleveringsovereenkomst’ gaat namelijk gepaard met een herziening van het toepasselijke beschermingskader. Zo ontbreekt binnen de afdeling over de nieuwe ‘terugleveringsovereenkomst’ een vergunningplicht voor de afnemer van teruggeleverde elektriciteit (zogenoeten ‘marktdelnemers’), en een recht op vernietiging voor de energieprosumant van met de beschermingsregels strijdige overeenkomsten.¹⁸

Er bestaat aldus een reëel risico dat de bescherming van de energieprosumant onder de Energiewet te beperkt zal zijn, terwijl de energieprosumant juist onverminderd beschermingsbehoefte is. Een dergelijke mismatch tussen behoefte en bescherming is in meerdere opzichten problematisch. De energieprosumant kan namelijk enkel een bijdrage leveren aan de verduurzaming van de elektriciteitsmarkt, wanneer hij zijn contractuele rechten en verplichtingen voldoende begrijpt.¹⁹ Bovendien wordt de energieprosumant bij een ongenoegzame contractuele positie in zijn belangen geschaad. Ik behandel in deze bijdrage daarom de vraag of het energierecht en het consumentencontractenrecht voldoende in de beschermings-

8. Art. 31c lid 3 E-wet.

9. Diestelmeier & Hesselman 2018, p. 135-136; C.J.W. Baaij & E. van Schagen, ‘Is de energieconsument klaar voor de groene transitie? Een kwantitatief onderzoek naar consumentengeschillen bij de Geschillencommissie Energie’, *TvC* 2022, afl. 4, p. 178-188, p. 184.

10. Vgl. HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, r.o. 25 (*Mostaza Claro*); *Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nr. 3465. Zie ook: Baaij & Van Schagen 2022, p. 184.

11. Dit volgt uit bestudering van de voorwaarden van een twintigtal energieleveranciers in het voorjaar van 2022 (voor de huidige energiecrisis), namelijk: BudgetEnergie, DeltaEnergie, Eneco, Energiedirect.nl, Essent, GreenChoice, Innova Energie, NLE, Oxxio, United Consumers, Pure Energie, Vandebron, Engie, Vrijopnaam, OM Nieuwe Energie, Powerpeers, Vattenfall, Noord Energie, Green NL en Coolblue Energie.

12. Elf leveranciers sloten voor de hoogte van de terugleververgoeding aan bij het kale leveringstarief. Vijf leveranciers hanteerden daarentegen een vast tarief, variërend van € 0,05 tot € 0,11. Van vier leveranciers is de hoogte van de terugleververgoeding niet openbaar. Zie ook: K. Schriek, ‘Stand van zaken zonnepanelen: duurzaam verwarrend’, *BTW-bulletin* 2020/16, afl. 3, p. 6-9, p. 6.

13. Tien leveranciers hanteerden een terugleververgoeding exclusief btw. Vattenfall past wel of geen btw toe op de terugleververgoeding, afhankelijk van de toepassing van de kleine ondernemersregeling door de particuliere kleinverbruiker. Vier leveranciers hanteerden in alle gevallen een terugleververgoeding inclusief btw.

14. Vier leveranciers vermeldde helemaal geen informatie over de gehanteerde terugleververgoeding. Acht leveranciers publiceerden informatie over de terugleververgoeding uitsluitend op de website. Zeven leveranciers publiceerden informatie over de terugleververgoeding in de contractvoorwaarden. Innova Energie publiceert de informatie over de terugleververgoeding zowel in de contractvoorwaarden, als op de website. Onduidelijk is in welke vorm informatie over de terugleververgoeding wordt gepubliceerd bij de aanvraag van een energieovereenkomst bij de afzonderlijke energieleveranciers.

15. Vgl. Baaij & Van Schagen 2022, p. 178-180.

16. Onder de Wet op de omzetbelasting (Wet OB) wordt teruglevering beschouwd als levering van een goed (elektriciteit) door een ondernemer (de kleinverbruiker) onder bezwarende titel (de energieleveringsovereenkomst), hetwelk een belastbaar feit oplevert in de zin van art. 7 lid 1 Wet OB jo. art. 3 lid 1 onder a Wet OB. Dit volgt onder meer uit: HvJ EU 20 juni 2013, C-219/12, ECLI:EU:C:2013:413, r.o. 37 (*Fuchs*). Vgl. Rb. Noord-Nederland 8 augustus 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3472, r.o. 5.2-6.2.

17. De Energiewet is op het moment van schrijven nog niet als wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer. De gehanteerde conceptversie dateert van 12 juli 2022 en is beschikbaar via: wetgevingskalender.overheid.nl/regeling/WGK010483/documenten/Raad%20van%20State/Adviesaanvraag%20aanhangig%20bij%20Raad%20van%20State/1.

18. Zie art. 2.7 e.v. respectievelijk 2.33 e.v. van de concept-Energiewet.

19. Baaij & Van Schagen 2022, p. 180.

behoefte van de energieprosumant voorzien, nu en onder de Energiewet.

Ik behandel deze vraag als volgt. In paragraaf 2 bespreek ik de grotendeels genoegzame bescherming van de energieprosumant onder de Elektriciteitswet (E-wet). In paragraaf 3 bespreek ik de veranderingen die de Energiewet daarin aanbrengt. In paragraaf 4 bespreek ik de problematische kwalificatie van de energieprosumant binnen het consumentencontractenrecht en consequenties daarvan. Ik sluit af met een pleidooi voor een meer op maat gesneden beschermingsregeling voor de energieprosumant.

2. De energieprosumant binnen de Elektriciteitswet

De levering van elektriciteit vindt in Nederland plaats aan de hand van een vaste privaatrechtelijke contractuele relatie: de energieleveringsovereenkomst.²⁰ Op energieleveringsovereenkomsten met afnemers met een aansluiting met een totale maximale doorlaatwaarde van minder dan 3*80 Ampère (kleinverbruikers) is een strak dwingend-rechtelijk beschermend kader van toepassing binnen de E-wet. Dat beschermingskader heeft een grotendeels Europeesrechtelijke achtergrond.

2.1. De Europeesrechtelijke bescherming van de energieconsument

De verschillende Elektriciteitsrichtlijnen van de afgelopen decennia verplichten de lidstaten tot de bescherming van 'consumenten' van elektriciteit.²¹ Het begrip 'consument' omvat binnen de Elektriciteitsrichtlijnen zowel particuliere als (groot)zakelijke afnemers van elektriciteit.²² Het begrip wijkt daarmee af van het consumentenbegrip in het (Europese) consumentencontractenrecht dat uitsluitend natuurlijke personen omvat die handelen voor doeleinden die buiten hun beroeps- of bedrijfsactiviteit vallen.²³ Binnen de Elektriciteitsrichtlijnen wordt daarom een nader onderscheid gemaakt tussen 'huishoudelijke afnemers', 'niet-huishoudelijke afnemers' en 'kwetsbare afnemers'.²⁴ Dit onderscheid bepaalt welke bescherming door de lidstaten geboden moet worden. Voor kwetsbare afnemers geldt dat lidstaten geacht worden 'passende maatregelen' te nemen om eindafnemers te beschermen en te voorzien in adequate waarborgen voor de bescherming van kwetsbare afnemers, waaronder een hoog niveau van consumentenbescherming rond de transparantie van

contractuele voorwaarden, algemene informatie en geschilbeslechtsingsmechanismen.²⁵ De definitie van 'kwetsbare afnemers' is aan de lidstaten overgelaten.²⁶ Voor huishoudelijke afnemers gelden onder meer strengere termijnen rond de wijziging van voorwaarden en een geplande afsluiting van een aansluiting.²⁷

2.2. De nationaalrechtelijke beschermingsregeling

De verschillende Elektriciteitsrichtlijnen zijn geïmplementeerd in de E-wet, met uitzondering van de (meest recente) Elektriciteitsrichtlijn.²⁸ Bij de implementatie van de eerdere Elektriciteitsrichtlijnen stonden onder meer de bescherming van gebonden klanten en de kwaliteit van de dienstverlening centraal.²⁹ De wetgever koos ervoor om enkel die zaken in het sectorale kader te regelen die geen onderdeel vormen van het generieke consumentenrecht binnen het Burgerlijk Wetboek (BW).³⁰ De normen van consumentencontractenrecht – i.h.b. rond oneerlijke handelspraktijken, oneerlijke bedingen en consumentenkoop – zijn immers naast de sectorale normen van toepassing op de energieleveringsovereenkomsten met energieconsumenten die binnen het consumentenbegrip onder het BW vallen.

De toepasselijkheid van de sectorale beschermingsregels haakt niet aan bij de (subjectieve) hoedanigheid van de afnemer van elektriciteit, maar bij de (objectieve) grootte van de aansluiting. Dat werd gedaan in het belang van 'de helderheid en controleerbaarheid van de regelgeving'.³¹ Zakelijke kleinverbruikers zouden bovendien sterk vergelijkbaar zijn met huishoudelijke kleinverbruikers. Het nadere onderscheid tussen huishoudelijke en niet-huishoudelijke kleinverbruikers doet binnen wet- en regelgeving enkel ter zake in relatie tot afschakeling bij problemen met de voorzieningszekerheid en de behandeling van private netten, waar ik niet nader bij stil sta.³²

Het sectorale beschermingskader is primair vormgegeven in hoofdstuk 8 paragrafen 1 tot en met 1c van de E-wet en omvat onder meer een vergunningsplicht voor de levering aan kleinverbruikers in artikel 95a, eerste lid, van de E-wet en de verplichting van artikel 95b, eerste lid, van de E-wet om 'op betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit' aan kleinverbruikers. Hier zijn duidelijk de eerdergenoemde doelstellingen van de garantie van

20. Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 28982, nr. 5, p. 4. Voor transport en distributie van de elektriciteit wordt een aansluit- en transportovereenkomst (ATO) gesloten tussen een netwerkbedrijf en de afnemer. Ik sta bij de ATO niet nader stil.

21. Zie o.a. art. 10 e.v. Richtlijn (EU) 2019/944 en art. 3 lid 7 Richtlijn 2009/72/EG.

22. S. Lavrijssen, 'Power to the Energy Consumers', *Eur. Energy Environ. Law Rev.* 2017, afl. 12, p. 172-187, p. 174.

23. Vgl. art. 2 lid 1 Richtlijn 2011/83/EU.

24. Art. 1 aanhef en onder 4-5 jo. 28 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/944.

25. Art. 28 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/944.

26. Zie voor de Nederlandse definitie: art. 1 Regeling afsluitbeleid voor kleinverbruikers van elektriciteit.

27. Vgl. art. 10 lid 4 en 11 Richtlijn (EU) 2019/944.

28. Zie art. 71 Richtlijn (EU) 2019/944; Bijlage bij: *Kamerstukken II* 2021/22, 21109, nr. 253; INFR(2021) 0079.

29. *Kamerstukken I* 1999/2000, 27018, nr. 1, p. 5, 8. Vgl. S. Pront-van Bommel, 'De elektriciteitsconsument centraal?', in: S. Pront-van Bommel (red.), *De consument en de andere kant van de elektriciteitsmarkt*, Amsterdam: Centrum voor Energievraagstukken UvA 2010, p. 18-61, p. 39-44.

30. *Kamerstukken II* 2003/04, 29372, nr. 3, p. 6-7. Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 19-20; *Stb.* 2008, 397. Art. 95m lid 1 (oud) E-wet luidde: 'Het is verboden oneerlijke en misleidende verkoopmethoden te hanteren voor de levering en het transport van elektriciteit aan afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid.' Het oude zesde en zevende lid bevatten vervolgens zwarte lijsten met handelingen die in ieder geval als misleidende of oneerlijke verkoopmethoden werden begrepen.

31. *Kamerstukken II* 2003/04, 29372, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II* 2003/04, 28982, nr. 5, p. 4.

32. Vgl. art. 15 E-wet en de Regeling afsluitbeleid voor kleinverbruikers van elektriciteit en gas.

universele dienstverlening, de bescherming van gebonden klanten, de leveringszekerheid en de kwaliteit van de dienstverlening zichtbaar.³³ Artikel 95m, eerste lid, van de E-wet biedt verdere bescherming en verplicht vergunninghouders om voorwaarden, verbonden aan de leverings- of transportovereenkomst te hanteren die transparant, eerlijk en vooraf bekend zijn en in ieder geval voor het sluiten van de overeenkomst zijn verstrekt en zijn gesteld in duidelijke en begrijpelijke taal. Bovendien verbiedt het derde lid van dat artikel om kleinverbruikers op zodanige wijze te benaderen *‘dat onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten, de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging’*, dit alles op straffe van vernietigbaarheid.³⁴ Deze regels zijn uitgewerkt in verschillende algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Bovendien worden de verschillende regels verder ingevuld binnen wetsinterpretierende beleidsregels (‘richtsnoeren’) van toezichthouder ACM.³⁵

2.3. De energieprosumant-kleinverbruiker binnen de nationaalrechtelijke beschermingsregeling

De particuliere energieprosumant beschikt in de regel over een kleine aansluiting en kwalificeert dus als kleinverbruiker. Daarmee zijn de beschermingsregels voor kleinverbruikers grotendeels van toepassing op de teruglevering van elektriciteit. Nu artikel 95m van de E-wet ook de voorwaarden rond teruglevering bestrijkt, gelden voor de leverancier op dat punt dezelfde (pre)contractuele informatieplichten en plichten tot het hanteren van eerlijke en transparante voorwaarden, inclusief de vernietigingsmogelijkheid voor de energieprosumant bij schending van deze plichten door een leverancier. Uitzondering daarop vormt de plicht van artikel 95b, eerste lid, van de E-wet om op betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit. Dat artikel strekt zich naar zijn strekking immers niet uit tot teruglevering van elektriciteit. Bijzondere bescherming wordt gevonden in artikel 31c, derde lid, van de E-wet dat de leverancier verplicht een *redelijke* terugleververgoeding te hanteren. Wat redelijk is, is echter nooit verder uitgewerkt.

Uit bovenstaande volgt dat de energieprosumant over voldoende contractuele beschermingsmogelijkheden beschikt. Dat betekent echter niet dat de energieprosumant ook in de praktijk geniet van duidelijke en redelijke voorwaarden rond teruglevering, zoals eerder geïllustreerd.

3. De energieprosumant binnen de Energiewet

3.1. Kern van de wijzigingen

In de nabije toekomst zal de Energiewet de E-wet vervangen. Dit (nog in voorbereiding zijnde) wetsvoorstel integreert het wettelijke kader onder de Gaswet en de Elektriciteitswet en implementeert onder meer Richtlijn (EU) 2018/2001 (de Hernieuwbare-elektriciteitsrichtlijn), de Elektriciteitsrichtlijn, het Europese *‘Fit for 55’*-pakket en delen van het Nederlandse Klimaatakkoord.³⁶

Een van de kernonderwerpen van de Energiewet vormt de transitie naar een grotere mate van ‘zelfbeschikking’ voor eindafnemers, mogelijk gemaakt door voortgaande verduurzaming (en bijbehorende technieken), digitalisering en betere meetsystemen binnen het energiesysteem.³⁷ De wetgever acht voor de genoemde transitie een faciliterend, en waar mogelijk, stimulerend wettelijk kader noodzakelijk.³⁸ Daarbinnen gaat bijzondere aandacht uit naar het versterken van de positie van de eindafnemer van elektriciteit.³⁹ De te scheppen randvoorwaarden zien onder meer op het recht van eindafnemers om zelfopgewekte elektriciteit te verkopen zonder te worden onderworpen aan onevenredige eisen of voorschriften en het aanbieden van leveringsovereenkomsten op basis van een dynamische elektriciteitsprijs.⁴⁰ Ik sta uitsluitend stil bij teruglevering van elektriciteit.

De Energiewet introduceert een nieuwe terminologie.⁴¹ De ‘afnemer zoals bedoeld in art. 95a, eerste lid, van de E-wet’ wordt een ‘eindafnemer’ en meer specifiek: een ‘huishoudelijke eindafnemer’ of ‘kleine onderneming’ dan wel ‘micro-onderneming’. Deze terminologie sluit nauwer aan op de Europese terminologie dan de huidige terminologie onder de E-wet. Volledig nieuw is het begrip ‘actieve afnemer’. De ‘actieve afnemer’ is de *‘eindafnemer van elektriciteit die binnen zijn eigen installatie geproduceerde elektriciteit verbruikt, opslaat of deze verkoopt of die gebruik maakt van flexibiliteits- of energie-efficiëntiediensten, mits die activiteiten niet zijn belangrijkste commerciële activiteit vormen’*. De energieprosumant kwalificeert als zodanig.

De Energiewet splitst bovendien de levering en de teruglevering van elektriciteit in een tweetal (verplichte) overeenkomsten: de ‘leveringsovereenkomst’ en de ‘terugleveringsovereenkomst’.⁴² Dit zou de actieve eindafnemer meer zelfbeschikking geven, omdat het voor hem zo mogelijk wordt om voor de teruglevering van elektriciteit overeenkomsten te sluiten met een of meerdere marktpartij(en) (zogenoeten marktdeelnemers) naar keuze.⁴³ De actieve afnemer zou daarbij jegens de marktdeelnemer

33. Kamerstukken I 1999/2000, 27018, nr. 1, p. 5, 8.

34. Art. 95m lid 1, 3-4 E-wet.

35. Te denken valt aan de Richtsnoeren Redelijke Opzegvergoedingen Vergunninghouders (Richtsnoeren ROVER).

36. Concept-MvT Energiewet, p. 4.

37. *Ibidem*, p. 8-9.

38. *Ibidem*, p. 11.

39. *Ibidem*, p. 25-27. Zie cons. 43-47 Richtlijn (EU) 2019/944.

40. Concept-MvT Energiewet, p. 25.

41. Art. 1.1 concept-Energiewet.

42. Art. 2.7 respectievelijk 2.33 concept-Energiewet.

43. Concept-MvT Energiewet, p. 30, 39-40, 165, 195-196.

grotendeels dezelfde bescherming genieten op het gebied van duidelijke en transparante overeenkomsten, overstappen, opzeggen, factureren en rechtsbescherming als de 'reguliere' huishoudelijke eindafnemer jegens diens leverancier geniet, aldus de wetgever.⁴⁴ Op deze aanname valt echter het nodige af te dingen.

3.2. De energieprosumant en de leveringsovereenkomst
De leveringsovereenkomst volgt grotendeels de regels zoals die ook golden voor de energieleveringsovereenkomst, maar kennen een meer gelaagd toepassingsbereik dat afhankelijk is van de grootte van de aansluiting en de kwalificatie als huishoudelijke afnemer of micro-onderneming dan wel kleine onderneming.⁴⁵ Voor huishoudelijke eindafnemers wijzigt echter weinig. De regels rond het handelen van de vergunninghoudende leverancier, facturering, geschilbeslechting en klachtenafhandeling, vrije leverancierskeuze, overstapvergoedingen, verschillende (pre)contractuele informatieplichten en een bijbehorend recht op vernietiging in geval van schendingen van deze regels worden namelijk behouden voor huishoudelijke eindafnemers.⁴⁶ Micro-ondernemingen delen deze rechten. Bovendien worden de regels rond overeenkomsten op afstand, oneerlijke handelspraktijken en de zwarte en grijze lijst expliciet van toepassing verklaard op leveringsovereenkomsten met micro-ondernemingen.⁴⁷

3.3. De energieprosumant en de terugleveringsovereenkomst

Op de terugleveringsovereenkomst is een beperktere beschermingsregeling van toepassing. De terugleveringsovereenkomst kwalificeert namelijk als een 'aggregatieovereenkomst' en valt daarmee onder de regels van Afdeling 2.3 van de Energiewet.⁴⁸ Het sluiten van terugleveringsovereenkomsten staat open voor alle marktpartijen (die worden aangeduid als 'marktdeelnemers'), zonder bijbehorende vergunningplicht. In de praktijk zal in de meeste gevallen echter gecontracteerd worden met een marktdeelnemer die tevens energieleverancier is.⁴⁹ Aangezien leveranciers voor al hun activiteiten onder generiek gedragstoezicht staan, beschikt de energieprosumant in dat geval over aanvullende (indirecte) bescherming.⁵⁰

Het volgende uit Afdeling 2.3 is relevant. Artikel 2.3, vierde lid, van de Energiewet verplicht de marktdeelnemer die een aggregatieovereenkomst sluit, er zorg voor te dragen dat de (aggregatie)overeenkomst transparant en volledig is, is gesteld in begrijpelijke taal, en voor het

sluiten ervan wordt verstrekt aan de actieve afnemer. Bovendien is de marktdeelnemer gehouden om periodiek en kosteloos een factuur te verstrekken, alsmede de actieve afnemer periodiek en kosteloos over zijn verkochte elektriciteit of geleverde diensten te informeren.⁵¹ Verder is de marktdeelnemer gehouden een eindafrekening te verstrekken binnen een te bepalen termijn.⁵² Tot slot mag een marktdeelnemer geen opzegvergoeding in rekening brengen, behalve in geval van een tussentijdse opzegging van een aggregatieovereenkomst voor bepaalde duur en een vast overeengekomen prijs of vast overeengekomen kosten, en de opzegvergoeding in de aggregatieovereenkomst is opgenomen.⁵³ In dat geval moet de marktdeelnemer de actieve afnemer in de regel wel faciliteren bij een overstap naar een andere marktdeelnemer, met inachtneming van de regels rond opzegvergoedingen en overige overstapgerelateerde kosten.⁵⁴

Interessant is vooral wat in Afdeling 2.3 ontbreekt. Een vergunningplicht voor marktdeelnemers ontbreekt. Bovendien geven schendingen van bovengenoemde regels de actieve afnemer geen recht op vernietiging van de overeenkomst. Schendingen van deze regels kunnen dus enkel door de ACM worden gesanctioneerd, of door een actieve afnemer bijvoorbeeld worden aangevoerd ter ondersteuning van een vordering wegens wanprestatie.⁵⁵ Het ontbreekt daarmee aan een effectieve civielrechtelijke remedie voor de energieprosumant.⁵⁶ Dit wordt slechts ten dele gecompenseerd door de verplichting voor marktdeelnemers om in een 'transparante, kosteloze en eenvoudige' interne klachtenprocedure te voorzien, welke verplichting in de eerdere conceptversies overigens nog ontbrak.⁵⁷

Met name het gebrek aan een specifiek vernietigingsrecht bij schendingen van de contractuele regels van de Energiewet rond teruglevering lijkt problematisch, nu dit de energieprosumant aanzienlijk in zijn gunstige procesuele positie beperkt. Tot dusver kon de energieconsument altijd terugvallen op de regels van consumentencontractenrecht. Het is echter maar de vraag of de energieprosumant dit met betrekking tot de terugleveringsovereenkomst ook kan. Ik bespreek dit nader in paragraaf 4.2.

44. *Ibidem*, p. 40.

45. *Ibidem*, p. 32-34.

46. Zie art. 2.7, 2.11-2.12, 2.14, 2.17-2.31 en 2.67 concept-Energiewet.

47. Zie art. 2.13 concept-Energiewet; concept-MvT Energiewet, p. 30.

48. Art. 1.1 concept-Energiewet.

49. Concept-MvT Energiewet, p. 39.

50. Zie art. 2.19 e.v. concept-Energiewet.

51. Art. 2.34 lid 1 concept-Energiewet.

52. Art. 2.36 concept-Energiewet.

53. Art. 2.37 lid 1 concept-Energiewet.

54. Art. 2.38 lid 1 en art. 2.39 lid 1 concept-Energiewet.

55. Art. 5.16 en 5.18-5.20 concept-Energiewet resp. 6:74 BW.

56. De noodzaak tot een effectieve remedie is uitvoerig beschreven, vgl. I.V. Aronstein, 'Wo viel Licht ist, ist starker Schatten?', *MvV* 2019, afl. 7/8, p. 235-245, p. 235-236.

57. Zie art. 2.35 concept-Energiewet.

4. De energieprosumant binnen het consumentencontractenrecht

4.1. Het samenspel tussen energierecht en consumentencontractenrecht

De bescherming van de energieconsument heeft vorm gekregen langs twee wegen: het beschermend energierecht en het generieke consumentencontractenrecht. Deze beide normensystemen zijn nevensgeschikt en worden afzonderlijk van elkaar toegepast, waarbij oog moet worden gehouden voor de op delen van het Europese consumentencontractenrecht beoogde maximumharmonisatie.⁵⁸ De ACM hanteerde in haar handhavingspraktijk rond de redelijkheid van opzegvergoedingen in de zin van artikel 95m, van de E-wet (en artikel 52b, van de Gaswet) echter geruime tijd het consumentenbegrip uit het consumentencontractenrecht ter bepaling van het te hanteren beschermingsniveau: artikel 95m, van de E-wet werd strenger uitgelegd in relatie tot consument-kleinverbruikers dan in relatie tot andere kleinverbruikers. Hetzelfde opzegvergoedingsbeding kon dus tegelijkertijd zowel in overeenstemming zijn met artikel 95m, van de E-wet, als daarmee strijdig, wat grond biedt voor handhavend optreden door ACM.

Recentelijk is in lagere jurisprudentie echter geoordeeld dat het differentiëren tussen consumenten en zakelijke kleinverbruikers niet voorzienbaar was gelet op de wetstekst en wetsgeschiedenis van de genoemde bepalingen en dat de ACM op dat punt dus niet handhavend mocht optreden.⁵⁹ Een dergelijk onderscheid had moeten worden vastgelegd in een ministeriële regeling, aldus de rechtbank Rotterdam.⁶⁰ De rechtbank maakte hiermee – vooralsnog definitief⁶¹ – een einde aan eerdere (lagere) jurisprudentie waarin de handelswijze van de ACM wel werd toegestaan.⁶² Het beschermend energierecht en het consumentencontractenrecht zijn en blijven vooralsnog dus gescheiden systemen, waarvan de toepassing onafhankelijk gebeurt van de kwalificatie onder het andere stelsel. Divergentie van normen is daarmee mogelijk, wat onduidelijkheid voor de energieprosumant rond haar contractuele rechten en plichten vergroot. Ik sta nader stil bij het consumentencontractenrecht.

4.2. De energieprosumant en het Europese consumentenbegrip

In de afgelopen decennia zijn verschillende Europese consumentenrechtelijke richtlijnen vastgesteld en geïmplementeerd, die vergaand ingrijpen in contractuele verhoudingen met consumenten, onder meer op de elektriciteitsmarkt.⁶³ Te denken valt aan de Richtlijn oneerlijke bedingen, de Richtlijn consumentenrechten, de Richtlijn OHP en recentelijk de Richtlijn modernisering consumentenrecht en de hernieuwde Richtlijn consumentenkoop. Van de regeling consumentenkoop zijn, gelet op artikel 7:5, vijfde lid, BW, de artikelen 7:9 (inzake levering), 7:11 (inzake de risicoverdeling tussen koper en verkoper) en 7:19a BW (inzake de gevolgen van het uitblijven van leveringen) niet van toepassing op energieleveringsovereenkomsten.⁶⁴

De toepasselijkheid van het consumentencontractenrecht is steeds afhankelijk van de beantwoording van één essentiële vraag: ‘Wie is consument?’⁶⁵ Een eenduidig consumentbegrip ontbreekt. Aangenomen wordt dat een ‘natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf’, of ‘handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen’, kwalificeert als consument.⁶⁶ Het verschil tussen beide definities is tekstueel.⁶⁷ De kwalificatie past bij de klassieke kijk op consumentenbescherming.⁶⁸ De consument bevindt zich ten opzichte van een handelaar in een zwakkere positie, ‘in die zin dat hij als de economisch zwakkere en juridisch minder ervaren contractpartij moet worden beschouwd’, aldus het Europese Hof,⁶⁹ wat een ongelijkheid creëert die enkel kan worden opgeheven ‘door een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om’.⁷⁰

Uit vaste jurisprudentie van het Europese Hof volgt dat voor de kwalificatie als consument ‘alle omstandigheden van de zaak, met name met de aard van het goed of de dienst waarop de betrokken overeenkomst betrekking heeft, waaruit kan blijken met welk doel dat goed is gekocht of die dienst is ontvangen’ van belang zijn.⁷¹ Het anderszins subjectieve begrip wordt hierdoor deels geobjectiveerd, nu de beoordeling losstaat van de concrete kennis waarover de betrokkene kan beschikken of van

58. Vgl. CBB 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:91, r.o. 3.3.

59. Rb. Rotterdam 20 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:186, r.o. 10-11.

60. *Ibidem*, r.o. 12.

61. Volgens de ACM onderstreept de uitspraak ‘het belang van duidelijke en precieze begripsafbakening’ in wetgeving, hetwelk niet tot haar taak behoort. Zie: UHT ACM bij de concept-Energiewet, p. 3, beschikbaar via: acm.nl/nl/publicaties/uhc-conceptwetsvoorstel-energiewet.

62. Voor de invulling van het consumentenbegrip in art. 2 Richtsnoeren ROVER werd aangesloten bij het consumentenbegrip van de Richtlijn OHP, vgl. Rb. Rotterdam 30 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8487, r.o. 19.2; Rb. Rotterdam 28 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9379, r.o. 3.8-3.9. Zie voor de recente uitspraak: Rb. Rotterdam 20 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:186.

63. Vgl. C.E. Drion, ‘Europese consumentenbescherming’, *NJB* 2014/1, afl. 1, p. 5; J.G.J. Rinkes, ‘De consument als zwakke partij’, *AA* 2009, afl. 6, p. 380-387, p. 384.

64. Vgl. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën BW, deel B65b), Deventer: Kluwer 2019, aant. 10.

65. Vgl. het gelijknamige artikel: M.Y. Schaub, ‘Wie is consument?’, *TvC* 2017, afl. 1, p. 30-40, p. 30.

66. *Ibidem*, p. 30-31. Vgl. art. 6:193a lid 1 onder a BW en 7:5 lid 1 BW.

67. Asser/Hijma 7-I 2019/112.

68. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, ‘De erfpachter als consument?’, *WPNR* 2022, afl. 7364, p. 221-226, p. 222.

69. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, r.o. 34 (*Kamenova*). Vgl. HvJ EU 3 oktober 2013, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, r.o. 35 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*); HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, r.o. 54 (*Karel de Groot Katholieke Hogeschool Antwerpen*).

70. HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, r.o. 26 (*Mostaza Claro*).

71. HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, r.o. 23 (*Costea*).

de informatie waarover die persoon werkelijk beschikt.⁷² Advocaat-Generaal Cruz Villalón spreekt treffend over een ‘objectief en functioneel begrip (...) dat situationeel wordt gedefinieerd, dat wil zeggen, in relatie tot een specifieke rechtshandeling’.⁷³ Weer anders geformuleerd: de rechter zal moeten onderzoeken ‘of de betrokken contractuele band deel uitmaakt van activiteiten die niets te maken hebben met de uitoefening van een beroep of een bedrijf’.⁷⁴ De formulering van de overeenkomst is in dit kader niet doorslaggevend.⁷⁵

De klassieke dichotomie tussen overeenkomsten gesloten voor privédoeleinden en voor zakelijke doeleinden houdt zich lastig met natuurlijke personen die niet enkel diensten of goederen afnemen, maar incidenteel zelf een product of een dienst leveren aan andere consumenten of handelaars. Voor dergelijke personen is in de literatuur recentelijk veel aandacht.⁷⁶ De kwalificatie als consument is bij deze groep niet evident en de bescherming van deze natuurlijke personen dus ook niet.⁷⁷ Het toont de kwetsbaarheid van de categoriale benadering van de ‘gemiddelde’ consument in het consumentencontractenrecht.⁷⁸ Deze kwetsbaarheid blijkt duidelijk wanneer wij kijken naar de kwalificatie van de energieprosumant binnen het consumentencontractenrecht. Ook de wetgever lijkt dit (weliswaar impliciet) te erkennen, gelet op de meest recente concept-MvT. De in de eerdere versie van de UHT opgenomen (en in de literatuur gedeelde⁷⁹) vaststelling dat het nationale en Europese consumentencontractenrecht van toepassing zijn op de energieprosumant voor wie het opwekken van duurzame energie niet de belangrijkste economische activiteit betreft, lijkt namelijk geschrapt.⁸⁰

In de (Europese) jurisprudentie zijn meerdere indicatoren geformuleerd voor de kwalificatie als consument of handelaar, met name in het *Kamenova*-arrest. Dit arrest betrof een natuurlijk persoon die verschillende producten doorverkocht op een online marktplaats.⁸¹ Het Europese Hof formuleerde verschillende gezichtspunten bij de beoordeling of een natuurlijk persoon ‘in het kader van

zijn han-dels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit’ handelt. Dit betreft onder meer: of verkoop op georganiseerde wijze plaatsvindt, of de verkoop een winsttoegmerk heeft, of de verkoper beschikt over informatie en technische vaardigheden waarover de consument niet noodzakelijk beschikt, waardoor hij zich in een gunstigere positie bevindt dan de particulier, of de verkoper btw-plichtig is, alsmede of de verkoop met een zekere regelmaat of frequentie en/of gelijktijdig met zijn commerciële of beroepsactiviteit plaatsvindt.⁸² Deze gezichtspunten zijn noch uitputtend, noch uitsluitend.⁸³

Jurisprudentie rond de consumentenrechtelijke kwalificatie van de energieprosumant ontbreekt volledig. In verschillende ‘uitspraken’ van de Geschillencommissie Energie (Geschillencommissie) wordt de energieprosumant desalniettemin behandeld als consument, ook wanneer het gaat om geschillen inzake (de voorwaarden rond) teruglevering.⁸⁴ Deze uitspraken zijn echter schaars en de Geschillencommissie licht deze kwalificatie niet toe.⁸⁵ De kwalificatie van de energieprosumant en specifiek het terugleveren als handels- of privé-activiteit is dus onzeker.

In relatie tot het verbruik van elektriciteit is voor de kwalificatie van de afnemer als ‘consument’ altijd aangehaakt bij het gebruiksdoel. De energieleverancier moet zich van het beoogde verbruiksdoel van de afnemer vergewissen om te bepalen of met een consument of met een zakelijke partij wordt gecontracteerd.⁸⁶ Deze toets lijkt niet op te gaan voor teruglevering, nu de teruglevering mede een geldelijk voordeel genereert voor de energieconsument. Onduidelijk is dus welke beoordelingsmaatstaf zal moeten worden aangelegd.

Voorop staat dat met teruglevering een zeker voordeel wordt beoogd. Het voordeel bestaat grotendeels uit bespaarde verbruikskosten door toepassing van de salderingsregeling en in mindere mate uit de (doorgaans geringe) terugleververgoeding. Het eerste type voordeel is niet anders dan het voordeel uit de aanschaf van isolatiemateriaal: anders gemaakte verbruikskosten worden voorko-

72. *Ibidem*, r.o. 21.

73. A-G Cruz Villalón 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:271, r.o. 28; HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, NJ 2016/339, m.nt. M.B.M. Loos, aant. 2-3 (*Costea*).

74. HvJ EU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772, r.o. 27 (*Tarcău*), en HvJ EU 14 september 2016, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700, r.o. 32 (*Dumitraș*). Vgl. omgekeerd voor de kwalificatie als ‘handelaar’: HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, r.o. 55 (*Karel de Groot Katholieke Hogeschool Antwerpen*) en HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, r.o. 35 (*Kamenova*).

75. Vgl. Rb. Rotterdam 30 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8487, r.o. 19.8; HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, r.o. 3.4.2 (*Nationale Nederlanden*); Asser/Hijma 7-I 2019/115.

76. Vgl. V. Mak, *De prosumant en de digitale economie, Een verkenning van het privaatrecht van de toekomst* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2021; W.H. van Boom, ‘Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen’, in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2021*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 115-201; T. Hartlief, ‘Kooplieden in het recht’, *NJB* 2018/1236, afl. 25, p. 1775.

77. Vgl. Mak 2021, p. 5-6.

78. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, ‘De zzp’er verdient betere bescherming maar welke bescherming precies?’, *TvC* 2019, afl. 3, p. 102-105.

79. Baaij & Van Schagen 2022, p. 179-180.

80. Zie de concept-MvT (versie UHT), p. 29.

81. Mak 2021, p. 5.

82. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, r.o. 38 (*Kamenova*).

83. *Ibidem*, r.o. 39.

84. Zie art. 1 en 3 van het Reglement Geschillencommissie Energie, beschikbaar via: degeschillencommissie.nl/wp-content/uploads/eng-sgc-reglement.pdf. Vgl. Geschillencommissie Energie 26 februari 2019, zaak 121806 en Geschillencommissie Energie 19 oktober 2020, zaak 33842/38745.

85. Vgl. Baaij & Van Schagen 2022, p. 180-182.

86. Rb. Rotterdam 30 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8487, r.o. 19.8.

men. Het tweede type voordeel heeft een ander karakter. Er is bij teruglevering immers sprake van *structurele* verkoop, tegen een vaste *vergoeding* (de terugleververgoeding), waarover *btw* verschuldigd is. Dat de energieprosumant verplicht aan zijn eigen leverancier teruglevert, doet aan het georganiseerde karakter van teruglevering niet af. Of de energieprosumant hierbij een winstoogmerk heeft, is bovendien niet doorslaggevend.⁸⁷ Waar een terugleververgoeding wordt ontvangen, bestaat dus goede grond om te oordelen dat de energieprosumant voor dat deel niet voor privédoeleinden handelt. Zolang de terugleververgoeding slechts een klein deel van het genoten voordeel betreft, lijkt het beperkte handelsoogmerk echter niet te prevaleren boven het salderen en de uitgespaarde verbruikskosten.

Naarmate de salderingsregeling wordt afgebouwd, zal de (hoogte van de) terugleververgoeding in waarde toenemen en het aantal energieprosumanten dat een terugleververgoeding ontvangt in overeenkomstige mate stijgen.⁸⁸ De leverancierskeuze zal voor de energieprosumant niet langer hoofdzakelijk gekleurd worden door de hoogte van de energietarieven, maar mede door de voorwaarden rond en de hoogte van de terugleververgoeding.⁸⁹ Op dat punt wordt dan ook een toegenomen concurrentie tussen leveranciers verwacht.⁹⁰ Het wordt in die situatie lastiger om vast te houden aan de notie dat teruglevering overwegend voor privédoeleinden geschiedt. Aannemelijk is dus dat naarmate het belang van de terugleververgoeding voor de energieprosumant groter is, eerder gesproken kan worden van een handelsoogmerk.

Zelfs wanneer de energieprosumant geacht kan worden een handelsoogmerk te hebben bij teruglevering, is kwalificatie als consument onverminderd mogelijk. De energieprosumant sluit de energieleveringsovereenkomst voor een belangrijk deel immers ook af ten behoeve van de afname van elektriciteit voor privégebruik.

4.3. De complexiteit van het gemengde karakter van de energieleveringsovereenkomst

De energieleveringsovereenkomst heeft een gemengd karakter. Dat gemengde karakter is te wijten aan de twee activiteiten die de energieprosumant binnen deze overeenkomst verricht: teruglevering en verbruik van elektriciteit. De energieleveringsovereenkomst valt aldus uiteen in een terugleverdeel en een verbruiksdeel. Het is mogelijk om de energieleveringsovereenkomst te zien als een samenstel van twee van elkaar te splitsen (deel)overeenkomsten.⁹¹ Het is echter evenwel mogelijk om een onverbreekelijk verband aan te nemen tussen de beide

delen. Beide benaderingen leiden tot andere uitkomsten. Ik sta hier nader bij stil.

De energieleveringsovereenkomst ziet – in relatie tot een energieprosumant – in de kern op het faciliteren van de levering van elektriciteit door een energieleverancier en de teruglevering aan deze leverancier door de energieprosumant. Op wie betalingsverplichtingen rusten, wordt bij een vast contract jaarlijks op een afgesproken moment vastgesteld op basis van het jaarsaldo aan opgewekte en verbruikte elektriciteit.⁹² Bij een positief saldo is de energieprosumant gehouden te betalen; bij een negatief saldo de energieleverancier. Veel energieleveranciers verlangen in de praktijk echter van hun klanten dat zij maandelijks een termijnbedrag betalen. Daartoe wordt een schatting van het jaarlijkse saldo gemaakt, ook in gevallen waarin de jaarlijkse opwek (mogelijk) het jaarlijkse verbruik overstijgt.⁹³ De energieprosumant is in de regel dus gehouden om verschillende maandelijks termijndragers (voorschotten) te betalen, ten aanzien waarvan hij ook in verzuim kan geraken. Verrekening van uitstaande termijndragers met nog van de leverancier te ontvangen sommen is bovendien doorgaans uitgesloten, behoudens voorafgaande toestemming van de leverancier.⁹⁴

Het feit dat de daadwerkelijke te betalen of ontvangen som (de hoofdprestatie) bepaald wordt door het saldo tussen teruglevering en verbruik wijst erop dat het terugleverdeel en het verbruiksdeel onlosmakelijk verbonden zijn. Op jaarbasis zijn beide elementen immers noodzakelijk om de (wettelijk verplichte) salderingsregeling goed toe te passen en de uiteindelijke energielasten voor de energieprosumant te berekenen. Bovendien betreft de energieleverancier de geschatte opwek bij de berekening van de maandtermijnen (die immers fungeren als voorschot op de jaarlijkse eindsom).⁹⁵

Daar valt echter tegenin te brengen dat dit systeem in de praktijk anders loopt. Energieleveranciers verlangen doorgaans de maandelijks betaling van een termijnbedrag en hebben verrekening van deze bedragen met eventuele te ontvangen sommen uitgesloten. Dat wijst erop dat teruglevering en verbruik los van elkaar kunnen én moeten worden gezien. De energieleveringsovereenkomst is in dat geval sterk vergelijkbaar met die van het ‘telefoonabonnement inclusief toestel’ binnen de mobieltjes-jurisprudentie.⁹⁶ Die overeenkomst werd immers geacht uit twee onderdelen (toestelkosten en abonnementskosten) te bestaan, die tezamen het uiteindelijke door de afnemer te betalen maandelijks bedrag bepalen (*all-in*-prijs). Deze beide onderdelen werden wat betreft de uitoefening

87. HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, r.o. 51 (*Karel de Groot Katholieke Hogeschool Antwerpen*).

88. *Kamerstukken II* 2021/22, 29023, nr. 281. Vgl. F. Schilder & M. van der Staak, *Woonlastenneutraal koopwoningen verduurzamen*, Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving 2020, p. 20, 23–26.

89. Vgl. ACM Energiemonitor 2022, p. 26.

90. Deze concurrentie is er al, zie de voetnoten 13 tot en met 15.

91. Vgl. over een samenstel van overeenkomsten: HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.4.2 (*Lindorff/Statia*).

92. Art. 2 Besluit factuur en verbruiks- en indicatief kostenoverzicht energie.

93. Vgl. art. 12.2 van de door verschillende leveranciers gehanteerde ‘Algemene Voorwaarden voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers 2019’.

94. Vgl. art. 12.4 van de genoemde algemene voorwaarden. Deze voorwaarde is overigens mogelijk onredelijk bezwarend, gelet op art. 6:237 onder g BW, zie: Baaij & Van Schagen 2022, p. 187.

95. Vgl. art. 12.2 van de eerdergenoemde algemene voorwaarden.

96. I.h.b. de prejudiciële beslissing inzake *Lindorff/Statia*: HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (*Lindorff/Statia*).

van consumentenrechten gescheiden behandeld. Ik sta hier nader bij stil.

De beoordeling of een overeenkomst beantwoordt aan de bepalingen van verschillende wettelijke regelingen dient volgens de Hoge Raad plaats te vinden aan de hand van de te bestuderen 'overeenkomst'.⁹⁷ Uit die beoordeling volgde dat het 'toesteldeel' als een koop op afbetaling, en tevens als een krediettransactie dan wel kredietovereenkomst moest worden beschouwd.⁹⁸ Als zodanig raakte de uitoefening van het (consumentenrechtelijke) vernietigingsrecht wegens schending van die regels binnen het toesteldeel in beginsel – in lijn met artikel 3:41 BW – het abonnementsdeel niet.⁹⁹ De Hoge Raad had hierbij bijzondere aandacht voor de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid vanuit het perspectief van de consument, die in de regel immers aannam dat een deel van de betaalde *all-in*-prijs zag op de afbetaling van het toestel.¹⁰⁰ De stelling van de telefoonprovider dat de telefoon om niet werd verstrekt en de consument enkel voor de abonnementskosten betaalde, werd aldus gepasseerd.¹⁰¹

Het belang dat de Hoge Raad hechtte aan de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid wijst in de richting van een integrale benadering van teruglevering en verbruik. Saldering geschiedt in de regel jaarlijks, maar wordt door verschillende energieleveranciers inmiddels op maandelijkse basis toegepast.¹⁰² Het onlosmakelijke verband tussen teruglevering en verbruik is daarmee verder op de voorgrond getreden. Desalniettemin zal de energieprosumant doorgaans voor een belangrijk deel letten op het verbruik achter de meter en de hoogte van het termijnbedrag. Voor beide benaderingen zijn aldus argumenten denkbaar. In het navolgende bespreek ik daarom de consequenties en wenselijkheid van de integrale en de gesplitste benadering.

4.4. De consequenties van de integrale benadering

De integrale benadering gaat uit van de energieleveringsovereenkomst als één overeenkomst, die deels voor privé(verbruik) en deels voor handelsdoeleinden (teruglevering) wordt verricht. In dergelijke gevallen moet worden vastgesteld welke doeleinden prevaleren. Indien het handelsoogmerk namelijk zo beperkt is '*dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst*', kan de energieleveringsovereenkomst nog als consumentenovereenkomst worden gekwalificeerd (en de energieprosumant voor het geheel dus als consument).¹⁰³ Als de verhouding tussen de privé- en zakelijke doeleinden

ruwweg gelijk is, worden de privédoeleinden geacht te prevaleren.¹⁰⁴

Deze vaststelling vergt een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder het opgesteld vermogen en de eigen elektriciteitsbehoefte. Afhankelijk van de vraag of het verbruikssaldo positief (de energieprosumant betaalt) of negatief is (de energieprosumant ontvangt een vergoeding), ligt het zwaartepunt bij het verbruik of teruglevering en kwalificeert de energieprosumant dus als consument of niet. Aangezien het opgesteld vermogen veelal is afgestemd op het eigen verbruik (waardoor de terugleververgoeding beperkt of niet aanwezig is) zal het jaarsaldo in de meeste gevallen uitvallen in de richting van de leverancier: de energieprosumant moet betalen. Dat effect wordt bovendien versterkt naarmate de salderingsregeling wordt opgebouwd, waardoor niet langer 100% van de opgewekte elektriciteit kan worden weggestreept tegen de afgenomen elektriciteit.¹⁰⁵ Aldus overheersen de privédoeleinden en kwalificeert de energieprosumant voor het geheel als consument. Een wenselijke situatie gelet op diens zwakke contractuele positie.

4.5. De consequenties van de gesplitste benadering

De gesplitste benadering gaat uit van de energieleveringsovereenkomst als een tweetal (deel)overeenkomsten, waarvan het verbruiksdeel volledig voor privédoeleinden is overeengekomen en het terugleverdeel volledig voor handelsdoeleinden. Wat betreft de (voorwaarden rond) teruglevering zou de energieprosumant dan niet als consument kwalificeren en wat betreft de (voorwaarden rond) verbruik van elektriciteit wel. Aldus zouden op de verschillende onderdelen van de energieleveringsovereenkomst verschillende regelingen van toepassing zijn. Een dergelijke situatie wordt doorgaans onwenselijk gevonden.

De vergelijking dringt zich op met de inruil van auto's bij de aanschaf van nieuwe auto's. Ook bij de inruil van een auto wordt immers een goed geleverd, tegen een vergoeding, die verrekend wordt met de te betalen koopprijs voor de levering van een goed.¹⁰⁶ Oorspronkelijk riep deze rechtsverhouding de vraag op of de regels inzake koop, of juist de regels inzake ruil de rechtsverhouding zouden moeten beheersen. De wetgever heeft in dat kader overwogen dat het onaanvaardbaar is dat een deel van de overeenkomst aan andere regels onderworpen zou zijn dan het andere, of dat verschillende regels toe-

97. *Ibidem*, r.o. 3.4.2.

98. *Ibidem*, r.o. 3.4.2-3.5.2.

99. *Ibidem*, r.o. 3.6.

100. *Ibidem*, r.o. 3.5.2.

101. *Ibidem*, r.o. 3.4.2.

102. *Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nr. 3465. Onduidelijk is echter of dit in overeenstemming is met art. 31c van de E-wet en de regeling oneerlijke bedingen. Vgl. rond de toelaatbaarheid van eenzijdige wijzigingen van algemene voorwaarden in energieleveringsovereenkomsten: S.T. Kalisvaart, 'Oneerlijke wijzigingsbedingen in energieleveringsovereenkomsten', *WPNR* 2022, afl. 7531 (aanstaand).

103. Vgl. Rb. Rotterdam 30 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8487, r.o. 19.6; HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, r.o. 20 (*Costea*). Vgl. cons. 17 Richtlijn 2011/83/EU.

104. Schaub 2017, p. 37; Asser/Hijma 7-I 2019/117. Hijma meent dat indien het privégebruik en zakelijke gebruik ruwweg gelijk zijn, het 'consumentengehalte' van de overeenkomst 'zo hoog is dat de betiteling consumentenkoop en de daaraan verbonden gevolgen (...) in de regel gerechtvaardigd zijn'.

105. *Kamerstukken II* 2021/22, 29023, nr. 281.

106. Vgl. Rb. Midden-Nederland 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNL2019:4923, r.o. 4.2.

passelijk zouden zijn naar gelang men de overeenkomst ruil met betaling van een toegift dan wel koop met inruil noemt.¹⁰⁷

Hoewel bovengenoemde vooral zag op de toepasselijkheid van de koopregeling in plaats van de toen geldende regeling rond ruil, gaat dezelfde gedachte op in relatie tot de toepasbaarheid van de regels van het generieke consumentencontractenrecht. De energieprosumant doorziet de juridische werkelijkheid naar waarschijnlijkheid immers niet en zal dus niet begrijpen waarom hij bij een deel van dezelfde overeenkomst wel en bij een ander deel niet op zijn consumentenrechten kan vertrouwen. Zeker waar het handelsoogmerk kleiner is (de energieprosumant heeft minder opgesteld vermogen), lijkt de diskwalificatie als consument minder aan te sluiten bij de feitelijke positie en beschermingsbehoefte van de energieprosumant. Deze mindere positie wordt slechts ten dele gemitigeerd door de consumentenrechtelijke bepalingen van de E-wet, en de eventuele reflexwerking van de zwarte en grijze lijst via de open norm van artikel 6:233, onderdeel a BW.¹⁰⁸ Bovendien noemen enkele auteurs de mogelijke (beperkte) reflexwerking van (delen van) de regeling inzake consumentenkoop, bijvoorbeeld rond de klachttermijn van artikel 7:23 BW, al dan niet via artikel 6:248 BW.¹⁰⁹ Een gesplitste benadering is dus weinig wenselijk vanuit het perspectief van de energieprosumant, die bij teruglevering over minder bescherming zal beschikken dan binnen dezelfde overeenkomst met betrekking tot verbruik van elektriciteit.

4.6. De energieprosumant en de terugleveringsovereenkomst

Onder de toekomstige Energiewet speelt de discussie rond het karakter van de energieleveringsovereenkomst niet. De wetgever is immers voornemens het verbruiksdeel onder te brengen in de leveringsovereenkomst en het terugleverdeel in de terugleveringsovereenkomst. De wetgever benadert verbruik en teruglevering dus gesplitst. Dat is ook logisch, nu de energieprosumant hierdoor in staat wordt gesteld om aan verschillende marktpartijen terug te leveren. Een mogelijkheid die het huidige recht niet biedt.¹¹⁰ Bij de leveringsovereenkomst zal de energieprosumant zijn kwalificatie als 'consument' behouden; bij de terugleveringsovereenkomst lijkt hij – zeker naarmate de salderingsregeling zal worden afgebouwd – niet langer in alle gevallen als zodanig te kwalificeren.

Wat betreft de toepasselijkheid van delen van het consumentencontractenrecht geldt wat hierboven onder de paragrafen 4.2 tot en met 4.5 is besproken. Veel van de 'weggevallen' bescherming lijkt te worden gecompenseerd door reflexwerking van consumentenrechtelijke normen. Tegelijkertijd verslechtert de positie van de energieprosumant onder de Energiewet wel, nu voor zogenoemde aggregatieovereenkomsten, zoals de terugleveringsover-

eenkomst, een beperkter sectoraal beschermingskader geldt dan voor leveringsovereenkomsten.¹¹¹ De beschermingsregels met betrekking tot aggregatieovereenkomsten als de terugleveringsovereenkomst zijn immers beperkt tot (pre)contractuele informatieplichten, regels rond oneerlijke bedingen, overstapvergoedingen en de toegang tot een laagdrempelig klachtenmechanisme. Een recht op vernietiging van de overeenkomst bij schending van bovengenoemde regels ontbreekt echter. Een voor de energieprosumant onwenselijke situatie.

5. De energieprosumant klem tussen sectorale en generieke consumentenbescherming

De activering van de eindafnemer van elektriciteit speelt een belangrijke rol binnen de verduurzaming van de elektriciteitssector. Een transitie van energieconsument naar energieprosumant wordt nodig geacht. Om deze transitie succesvol te laten zijn, moeten de beschermingsbehoefte van de energieprosumant en de genoten bescherming in balans zijn. Deze bijdrage toont dat de juiste balans nog niet is gevonden. Bovendien moet de energieprosumant zijn contractuele rechten en plichten voldoen de begrijpen. Zowel de beschermingsregels van het energierecht, als die van het consumentencontractenrecht schieten op punten namelijk tekort, terwijl beide stelsels nodig zijn voor een genoegzaam beschermingsniveau.

Hoewel de huidige Elektriciteitswet rond teruglevering voorziet in vergaande en genoegzame bescherming, is de situatie onder de toekomstige Energiewet minder rooskleurig. Het gebrek aan een vernietigingsrecht bij schendingen van de op terugleveringsovereenkomsten van toepassing zijnde beschermingsregels beperkt de energieprosumant aanzienlijk in zijn rechten. Onduidelijk is waarom de wetgever hiertoe over wenst te gaan. Aanpassing van de Energiewet lijkt nodig om de activering van de energieconsument succesvol te laten zijn.

Voorts verhoudt het dubbele karakter van de energieprosumant zich slecht tot het Europese consumentenbegrip. De teruglevering van elektriciteit kan onder omstandigheden immers beschouwd worden voor handelsdoeleinden te geschieden, wat bij een gesplitste benadering van de energieleveringsovereenkomst maakt dat de energieprosumant in relatie tot (de voorwaarden rond) teruglevering niet als consument kwalificeert. Het risico hierop neemt toe naarmate de salderingsregeling wordt afgebouwd. Voorzienbaar is dat deze bescherming, wat betreft teruglevering van elektriciteit, onder de Energiewet mogelijk zelfs helemaal zal wegvallen. Dit wordt waarschijnlijk slechts ten dele gecompenseerd door de verwachte reflexwerking van delen van het consumentencontractenrecht op de voet van artikel 6:233 BW. Een gegeven is dat evenwel niet.

107. Parl. Gesch. Boek 7 1990, p. 299; Asser/Hijma 7-I 2019/9.

108. Reflexwerking ligt volgens Loos bij overeenkomsten met een 'dual (zakelijk en particulier) gebruik' voor de hand, zie: Loos 2019, aant. 13. Vgl. Schaub 2017, p. 37-38.

109. Vgl. M.B.M. Loos, 'De (voorgestelde) omzetting Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud', *TvC* 2021, afl. 4, p. 216-228, p. 219-220.

110. Art. 31c E-wet spreekt immers over 'de leverancier'.

111. Zie afd. 2.3 van de concept-Energiewet.

Het uitblijven van een integrale kijk op de bescherming van de energieprosumant kan de activering van de energieconsument in onwenselijke mate remmen. Sectorale en generieke beschermingsregels zullen moeten worden aangepast. Het dubbele karakter en de specifieke kwetsbaarheden van de energieprosumant moeten worden geadresseerd. De concept-Energiewet slaagt hier nog onvoldoende in. Ook het Europese consumentenbegrip blijkt onvoldoende inclusief om de nodige bescherming te bieden. Tijd dus voor een transitie in het denken over consumentenbescherming op de elektriciteitsmarkt.