

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat  
De Minister voor Klimaat en Energie  
Zijne Excellentie De heer R. Jetten  
Postbus 20401  
2500 EK DEN HAAG

Goes, 15 januari 2024

**Reactie voorstel Energiebesluit – aanvulling faillissementsregime**  
(aanvullende consultatie 13 december 2023)

Hooggeachte heer Jetten,

Hierbij treft u de reactie van PVNED B.V. op het voorstel van het Energiebesluit – aanvulling faillissementsregeling zoals dat ter consultatie op 13 december 2023 is voorgelegd. De reactie van PVNED B.V. betreft het voorgenomen *artikel 3.79 Artikel 3 van het voorstel Energiebesluit – aanvulling faillissementsregeling*.

PVNED B.V. is van harte bereid om haar reactie nader schriftelijk en/of mondeling toe te lichten.

Met meeste hoogachting,

PVNED B.V.

[handtekening vanwege het publieke karakter van de consultatie weggelaten]

H.J. Nieboer

Managing Director

**Bezoekadres**

Stationsplein 21  
4461 HP Goes  
The Netherlands

**Postadres**

Postbus 222  
4460 AE Goes  
The Netherlands

**Telefoon, e-mail & web**

+31 (0)85 040 3211  
info@pvned.eu  
www.pvned.eu

**Handelsregister**

51700972

## **Reactie op artikel 3.79 Artikel 3 van het voorstel Energiebesluit – aanvulling faillissementsregeling**

### **Doel en inhoud van artikel 3.79 Artikel 3**

Het voorstel *Energiebesluit – aanvulling faillissementsregeling* (hierna: **voorstel Energiebesluit**) bevat “aanvullende regels” “om de overgang van eindafnemers met een kleine aansluiting naar een andere vergunninghouder vloeiend te laten verlopen.” (Toelichting bij het voorstel Energiebesluit, blz. 13). Artikel 3.79 Artikel 3 van het voorstel Energiebesluit beoogt bij het doel van het Energiebesluit aan te sluiten: “Doel van deze artikelen is het voorkomen van leveringsonderbrekingen bij eindafnemers met een kleine aansluiting. Vanwege het publieke belang van energielevering aan deze groep eindafnemers is het wenselijk in aanvulling op het vergunningstelsel extra maatregelen in te bouwen. (...)” (Toelichting bij het voorstel Energiebesluit, blz. 10.)

In artikel 2.24.1 Artikel 4 lid 3 van het voorstel Energiebesluit is – zoals eerder in artikel 2 lid 9 van het huidige Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 en artikel 3 lid 4 van het huidige Besluit leveringszekerheid Gaswet – kortweg bepaald dat de inkoopcontracten van vergunninghouders geen beding tot ontbinding, opschorting of wijziging in geval van onder meer faillissement van de vergunninghouder mogen bevatten. De elektriciteit of gas toeleverende producent of handelaar wordt op grond hiervan verplicht om gedurende ten hoogste twintig werkdagen aan de vergunninghouder wiens leveringsvergunning conform artikel 2.24.1 Artikel 1 lid 3 van het voorstel van het Energiebesluit is ingetrokken, elektriciteit of gas te blijven leveren, althans voor zover het elektriciteit of gas voor eindafnemers met een kleine aansluiting betreft. Die toe-/doorlevering gedurende de periode van ten hoogste twintig werkdagen na de intrekking van de leveringsvergunning komt hoofdzakelijk voor rekening en risico van de toeleverende producent of handelaar, omdat geenszins zeker is dat (A) conform artikel 3.79 Artikel 3 lid 2 onder b en lid 3 onder f van het voorstel Energiebesluit de transmissiesysteembeheerder voor elektriciteit of gas voor de betaling van de inkoop van elektriciteit of gas garant staat en (B) de inkoopkosten volledig door de gefailleerde vergunninghouder of de (faillissements-)boedel aan de toeleverende producent of handelaar zullen worden betaald dan wel daarop door hem kunnen worden verhaald. (A) en (B) worden als volgt toegelicht.

(A) De garantstelling voor inkoopkosten van elektriciteit of gas is voorwaardelijk. De vergunninghouder of diens curator zal ten eerste de transmissiesysteembeheerder om de garantstelling moeten verzoeken. Ten tweede zal bij verzoek moeten worden aangetoond dat de bestaande kredietruimte voor de vergunninghouder onvoldoende is om de waarborgen dat de levering aan de eindafnemers met een kleine aansluiting kan worden voortgezet (grond 1) of zal moeten blijken dat de garantstelling redelijkerwijs noodzakelijk is om zulks te waarborgen (grond 2). De toeleverende producent of handelaar is wettelijk niet betrokken bij en heeft wettelijk geen enkele invloed op het verzoek en de daarbij geldende (alternatieve) gronden 1 of 2, terwijl de inkoop van elektriciteit of gas wel door de toeleverende producent of handelaar wettelijk gedurende ten hoogste twintig werkdagen moet worden voortgezet. De toeleverende producent of handelaar kan in ruil voor de voortzetting van elektriciteit of gas geen enkele – nota bene indirecte (zie hierna) – zekerheid aan het voorstel Energiebesluit ontlenen dat de door hem voor de vergunninghouder te verrichten inkoop vanwege een garantstelling financieel is gedekt. Verder is niet duidelijk wie moet aantonen dat de garantstelling redelijkerwijs noodzakelijk is (grond 2), en welke omstandigheden of voorwaarden voor die grond gelden.

(B) Zelfs indien er van een garantstelling conform artikel 3.79 Artikel 3 lid 2 onder b en lid 3 onder f van het voorstel Energiebesluit sprake is, is niet zeker dat met die garantstelling de (inkoop-) kosten van de toeleverende producent of handelaar over ten hoogste twintig werkdagen worden gedekt en daadwerkelijk aan hem worden betaald. Met de in het voorstel Energiebesluit opgenomen garantstelling wordt namelijk een (privaatrechtelijke) verbintenis tussen de transmissiesysteembeheerder en de vergunninghouder of diens curator voorzien en niet een (privaatrechtelijke) verbintenis met de toeleverende producent of handelaar. Nergens blijkt uit het voorstel Energiebesluit dat de toeleverende producent of handelaar zich rechtstreeks tegenover de transmissiesysteembeheerder op die garantstelling mag beroepen; ook een drie-partijenovereenkomst tussen de transmissiesysteemnetbeheerder, de vergunninghouder of diens curator en de toeleverende producent of handelaar is niet in het voorstel Energiebesluit (en de toelichting erop) voorzien. Daarmee is alleen de vergunninghouder of diens curator de juridische en financiële tussenschakel. De aanspraak van de toeleverende producent of handelaar op vergoeding van inkoopkosten verloopt daarmee met andere woorden door het (failliete) vermogen van de vergunninghouder. Dat (failliete) vermogen zal in de meeste gevallen – gezien vrijwel alle recente gevallen van failliete vergunninghouders – ontoereikend zijn om de toeleverende producent of

handelaar te voldoen. Het crediteurenrisico op volledige voldoening en volledig verhaal ligt echter volledig bij de toeleverende producent of handelaar, ongeacht een eventuele garantstelling zoals in het voorstel Energiebesluit bedoeld.

Daarbij speelt uit de optiek van het faillissementsrecht nog het volgende. Een toeleverende producent of handelaar zal in het algemeen geen separatist zijn (zoals een pandhouder op grond van artikel 3:278 Burgerlijk Wetboek en artikel 57 Faillissementswet) en zal ook geen bevoorrechte of preferente schuldeiser zijn (zoals de belastingdienst op grond van artikel 3:278 Burgerlijk Wetboek en artikel 21 Invorderingswet 1990). In beginsel zal de toeleverende producent of handelaar een concurrente schuldeiser zijn, te meer omdat zijn vordering tot betaling van inkoopkosten uit een op het moment van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, namelijk de inkoopovereenkomst met de vergunninghouder, voortvloeit. Eveneens is betwistbaar of de vordering van de toeleverende producent of handelaar een boedelvordering is, te weten een vordering tegenover de curator die door of na de faillietverklaring is ontstaan, die haar onmiddellijke grondslag in de wet (zoals een loonaanspraak voor werknemers in dienst van de gefailleerde conform artikel 40 Faillissementswet) of in het handelen van curator vindt (artikel 25 Faillissementswet) en die bij voorrang (in principe boven alle andere vorderingen) door de curator zouden moeten worden voldaan.

“(…) Aan het enkele feit van een voortzetting van de bedrijfsactiviteiten na verlening van surseance zal in het algemeen niet de gevolgtrekking kunnen worden verbonden dat de bewindvoerder ook (stilzwijgend) toestemming verleent voor het laten ontstaan van alle daarmee samenhangende verbintenissen. Indien echter blijkt dat de bewindvoerder welbewust, bijvoorbeeld met het oog op het streven de onderneming gaande te houden om deze te verkopen of anderszins voort te zetten, toelaat dat de schuldenaar nieuwe verplichtingen aangaat of dat uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeiende schulden blijven ontstaan hoewel dat op eenvoudige wijze kan worden voorkomen, zal sprake kunnen zijn van toestemming als hier bedoeld, ook al heeft de bewindvoerder zulks niet uitdrukkelijk laten blijken. Daarbij zal met name van belang zijn in hoeverre het gaat om verplichtingen en schulden die van wezenlijke betekenis zijn voor het openhouden van de mogelijkheid van voortzetting of overname van de bedrijfsactiviteiten.” (Hoge Raad 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6123, Mulder q.q./TenneT

(EnergyXS), rdnr. 4.1.3. Deze rechtspraak wordt ook van belang voor faillissementen geacht. Zie Polak, Insolventierecht, 12de druk, Deventer: Kluwer, 2011, blz. 280.)

Het belangrijke gegeven hieromtrent is dat de curator welbewust toelaat dat de (failliete) vergunninghouder nieuwe verplichtingen aangaat of dat uit de bestaande inkoopovereenkomst voortvloeiende schulden blijven ontstaan. Nu de verplichting door (door/toe) te leveren gedurende ten hoogste twintig werkdagen wettelijk is vastgelegd, kan de curator zich ook niet daartegen verzetten laat staan dat welbewust toelaten. Het handelen van de curator is in de context van het voorstel Energiebesluit namelijk niet relevant. De Faillissementswet (en jurisprudentie) biedt dienaangaande geen grondslag om de vordering omtrent inkoopkosten van de toeleverende producent of handelaar als boedelschuld te kwalificeren. Daarnaast is ook van belang te constateren dat, hoezeer ook de inkoopkosten van wezenlijke betekenis voor de overgang van eindafnemers met een kleine aansluiting naar een andere vergunninghouder kunnen worden geacht, het niet aan de toeleverende producent of handelaar zou moeten zijn om bij *elk* individueel faillissement van een vergunninghouder zijn vordering als boedelvordering tegenover de curator te moeten bevechten. De toeleverende producent of handelaar wordt op grond van artikel 2.24.1 Artikel 4 lid 3 van het voorstel Energiebesluit verplicht de inkoop van elektriciteit of gas te faciliteren en mag verwachten dat zijn inkoopkosten over ten hoogste twintig werkdagen tijdig en volledig worden voldaan.

Verder en niet onbelangrijk geldt even zozeer de veronderstelling dat de boedel voldoende is om de inkoopkosten volledig aan de toeleverende producent of handelaar te voldoen, niet alleen omdat het geenszins zeker is dat de transmissiesysteembeheerder überhaupt een garantie of een toereikende garantie stelt. Er zijn ook andere boedelschulden te voldoen (naast de inkoopkosten als die al boedelschuld zouden zijn te kwalificeren – zie hiervoor). Anderszins zal de toeleverende producent of handelaar in een zogenaamde negatieve boedel moeten delen, zich in de wettelijke rangorde van schuldeisers moeten voegen en aldus als concurrente schuldeiser achteraan de lijst van schuldeisers komen. (Zie Hoge Raad 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, De Ranitz q.q./Ontvanger.)

Het doel van de faillissementsregeling in het voorstel Energiebesluit is gelegen in het publieke belang te voorkomen de bij eindafnemers met een kleine aansluiting de levering van elektriciteit of gas wordt onderbroken. Gegeven dat doel behoort de inkoop van elektriciteit of gas te worden veiliggesteld. De toeleverende producent of handelaar wordt op grond van het voorstel Energie-

besluit – zoals momenteel op grond van het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 en het Besluit leveringszekerheid Gaswet – wettelijk verplicht onder de inkoopovereenkomst met de vergunninghouder voor de toelevering van elektriciteit of gas zorg te dragen. De toeleverende producent of handelaar heeft onder voornoemde wettelijke regelingen echter geenszins de zekerheid dat de inkoop financieel is gedekt en tijdig en volledig verhaalbaar op de vergunninghouder of diens (faillissements-)boedel is.

Deze blootstelling brengt verder nog het risico met zich dat de toeleverende producent of handelaar met grote (inkoop-)volumes wordt geconfronteerd die niet alleen in geval van hoge groothandelsprijzen (zoals in 2021 en 2022) het vermogen van de toeleverende producent of handelaar direct en in extensieve mate belasten. Zo'n blootstelling heeft ook het risico dat de toeleverende producent of handelaar in korte periode insolvent wordt, met name als de toeleverende producent of handelaar meerdere vergunninghouders belevt. Dat kan ook tot problemen bij andere vergunninghouders leiden (het zogenaamde domino-effect) en is een risico dat in verband met balanceringsverantwoordelijkheid ook door Lavrijssen en De Vries is benoemd. Zie Lavrijssen/De Vries, Onderzoek naar interpretatie, toereikendheid en toepassing wettelijk kader voor toezicht op energieleveranciers, maart 2022, blz. 22.

Dat zou met de garantstelling van de transmissiesysteembeheerder kunnen worden ondervangen, maar dan moet de toeleverende producent of handelaar de zekerheid hebben dat die garantie ook wordt gesteld en dat hij tijdig en volledig uit de boedel dan wel rechtstreeks uit de garantie wordt voldaan. Die zekerheid wordt noch met artikel 3.79 Artikel 3 van het voorstel Energiebesluit en noch met het huidige Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 en het huidige Besluit leveringszekerheid Gaswet aan de toeleverende producent of handelaar geboden. Daarmee draagt de toeleverende producent of handelaar het risico dat de inkoopkosten over één enkele partij worden gesocialiseerd die geenszins zulke kosten in zijn vergoedingen kan verdisconteren (en daarmee onterecht en onevenredig alleen zijn klanten zou belasten) en/of over aangeslotenen kan omslaan (althans het niet op de boedel verhaalbare deel, zoals voor de transmissiesysteembeheerders in artikel 3:105 voorstel Energiewet (algemene bepalingen tarieven) is voorzien (gelet op de toelichting bij het voorstel Energiebesluit, blz. 14) – of door transmissiesysteembeheerders via vergunninghouders over kleinverbruikers zoals momenteel in het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 en het Besluit leveringszekerheid Gaswet is voorzien.)

Nergens in het voorstel van de Energiewet (en momenteel in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet), en in andere wettelijke regelingen, is bepaald en genoegzaam voorzien in een grondslag dat dergelijke kosten op een toeleverende producent of handelaar (een private partij) mogen worden afgewenteld. Als daarin wel zou zijn voorzien, dan geldt dat het publieke belang daarvoor moet zijn onderbouwd en dat de afwenteling noodzakelijk is en evenredig is om dat publieke belang te bereiken. Het doel van de faillissementsregeling in het voorstel Energiebesluit is gelegen in het publieke belang te voorkomen de bij eindafnemers met een kleine aansluiting de levering van elektriciteit of gas wordt onderbroken. De noodzakelijkheid zou in de reeds bestaande inkoopovereenkomst kunnen worden gevonden als voor de hand liggende bestaande rechtsverhouding om de toelevering te continueren. De afwenteling van de inkoopkosten zonder eenduidige zekerheid op volledig verhaal is evenwel niet evenredig; zij is een 'individual and excessive burden' (zie onder meer Europees Hof voor de Rechten Mens (EHRM) 2 november 2001, 37710/97, Elia/Italy, rdnr. 83.). Een tijdige en adequate compensatie aan de toeleverende producent of handelaar behoort van een wettelijke regeling waarmee kosten in het algemeen belang primair op de toeleverende producent of handelaar worden afgewenteld, onderdeel te zijn. Dat is echter niet het geval. Met artikel 3.79 Artikel 3 van het voorstel Energiebesluit – en momenteel met het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 en het Besluit leveringszekerheid Gaswet – wordt namelijk van de zijde van de wetgever inbreuk gemaakt op de eigendom (inclusief vermogenswaarden zoals financiële middelen) van de toeleverende producent of handelaar. De toeleverende producent of handelaar zal immers zijn (inkoop-)kosten aan zijn toeleveranciers of groothandelspartijen wel tijdig en volledig moeten voldoen en zal immers zelf met het zeer waarschijnlijke risico van onverhaalbaarheid op de failliete vergunninghouder dan wel diens boedel blijven zitten. Daarmee is er het zeer waarschijnlijke risico van ontneming van eigendom van de toeleverende producent of handelaar, waartegen in het voorstel geen wettelijk vangnet is opgenomen; eigendom (in het bijzonder financiële middelen) die de toeleverende producent of handelaar, voor zover feitelijk en financieel überhaupt al mogelijk, reeds bij voorbaat zou moeten reserveren en die hij de facto niet voor andere doeleinden van zijn onderneming zou kunnen gebruiken. Dat zijn risico's die buiten de risicosfeer van een toeleverende producent of handelaar behoren te liggen; de toeleverende producent of handelaar wordt dan specifiek voor het algemeen belang als private partij belast met kosten die anders een grotere of grote groep eindafnemers 'gesocialiseerd' zou moeten dragen.

Verder wordt het in de wettelijke systematiek van het voorstel Energiebesluit – en momenteel met het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 en het Besluit leveringszekerheid Gaswet – de toeleverende producent of handelaar onmogelijk gemaakt zich adequaat in een met wettelijke waarborgen omgeven procedure tegen deze ontneming te verzetten en/of zich in een dergelijke procedure zekerheid van tijdige en volledige vergoeding te verkrijgen. Het voorstel Energiebesluit voorziet nergens in maatregelen en procedures om de toeleverende producent of handelaar adequaat comfort te geven. Daarbij zal een bezwaar van de toeleverende producent of handelaar tegen de intrekking van de leveringsvergunning en/of verzoek tot voorlopige voorziening dienaangaande te laat zijn aangezien ten tijde van zulke procedures de ‘toelevering’ moet geschieden en daarmee de risico’s voor de toeleverende producent of handelaar reëel en materieel worden. De toeleverende producent of handelaar zou zijn vergoeding ook niet in bezwaar, beroep, voorlopige voorziening en/of andere procedure en bij *ieder* individueel intrekkingbesluit moeten veiligstellen omdat wet- en regelgeving zodanig in deugdelijke, effectieve processuele en materiële regels zou moeten voorzien dat zijn inkoopkosten tijdig en volledig worden voldaan.

“The circumstances of the case, in particular the uncertainty and the lack of any effective domestic remedy capable of rectifying the situation, coupled with the interference with the applicant company’s full enjoyment of its right of property and the absence of any compensation, lead the Court to conclude that the applicant company has had to bear an individual and excessive burden which has upset the fair balance that should be struck between the requirements of the general interest and the protection of the right to the peaceful enjoyment of possessions (...).” (EHRM 2 november 2001, 37710/97, Elia/Italy, rdnr. 83.)

Dat leidt tot een eigendomsaantasting in de zin van artikel 1 van het aanvullend protocol (eigendomsprotocol) bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van Grondrechten van de EU.

“Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. (...).” (Artikel 17 lid 1 Handvest.)



Daarbij valt ook niet uit het oog te verliezen dat de transmissiesysteemnetbeheerders op grond van artikel 3:105 voorstel Energiewet de niet via de vergunninghouder of diens curator vergoede kosten voor de inkoop van energie bij wege van omslag in hun nettarieven op alle aangeslotenen mogen (en ook zullen) verhalen. Onverhaalbare inkoopkosten zullen de transmissiesysteemnetbeheerders aldus over de aangeslotenen omslaan en worden aldus gesocialiseerd waarbij het financiële risico van onverhaalbaarheid wettelijk bij de transmissiesysteemnetbeheerder is weggenomen. De toeleverende producent of handelaar heeft met het voorstel van het Energiebesluit die mogelijkheid niet. Daardoor zijn artikelen 2.24.1 Artikel 4 en artikel 3.79 Artikel 3 van het voorstel Energiebesluit ook strijdig met het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (artikel 1 Grondwet). De toeleverende producent of handelaar behoort op een eendere wijze te worden behandeld en in dezen te worden gefaciliteerd als de transmissiesysteembeheerder; enig te rechtvaardigen onderscheid is niet toegelicht en overigens ook niet denkbaar.

Noch het voorstel van het Energiebesluit noch het voorstel van de toelichting erop gaan in op de penibele financiële situatie waarin een toeleverende producent of handelaar door de toepassing van artikelen 2.24.1 Artikel 1 lid 3 en 3.79 Artikel 3 van het voorstel Energiebesluit – en reeds het huidige Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 en het huidige Besluit leveringszekerheid Gaswet – kan worden gedrongen. Het voorstel van het Energiebesluit zou in dwingende kaders behoren te voorzien die de curator (bij wet) verplicht de inkoopkosten als boedelschuld te kwalificeren, en aldus tijdig en met voorrang, aan de toeleverende producent of handelaar te betalen, en de transmissiesysteemnetbeheerder in ieder geval verplicht garantie te stellen ten einde een toereikend boedelbedrag te hebben om de inkoopkosten te voldoen en/of de transmissiesysteembeheerder verplicht de toeleverende producent of handelaar uit de garantie rechtstreeks (dus buiten de gefailleerde vergunninghouder en de boedel om) te betalen en/of in een andere wettelijke regeling waardoor de toeleverende producent of handelaar te allen tijde tijdig en volledig voor de inkoopkosten over ten hoogste twintig werkdagen wordt voldaan. Daarmee zou (het voorstel van) het Energiebesluit invulling aan het evenredigheidsbeginsel (*égalité devant les charges publiques*) geven, zoals ook neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb):

“De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.