

ECLI:NL:RBOBR:2019:5255

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	12-09-2019
Datum publicatie	12-09-2019
Zaaknummer	C/01/347505 / KG ZA 19-345
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	Kort geding, vordering tot het aansluiten op een elektriciteitsnetwerk
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Civiel Recht

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

zaaknummer / rolnummer: C/01/347505 / KG ZA 19-345

Vonnis in kort geding van 12 september 2019

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ENERGIEPARK POTTENDIJK B.V.,

gevestigd te Emmen,

eiseres,

advocaten mrs. M.R. het Lam en M.L. Pigmans te 's-Gravenhage,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ENEXIS NETBEHEER B.V.,

gevestigd te 's-Hertogenbosch,

gedaagde,

advocaten mr. K. IJmker te Zwolle en mr. E.H. de Jonge te Groningen.

Partijen zullen hierna Pottendijk en Enexis genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 8 juli 2019 met 12 producties
- de akte van de zijde van Pottendijk ontvangen ter griffie op 18 juli 2019 met producties 13 t/m 16
- de akte van de zijde van Enexis van 19 augustus 2019 met 10 producties
- de mondelinge behandeling die plaats vond op 22 augustus 2019
- de pleitnota van Pottendijk
- de pleitnota van Enexis.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Pottendijk is 100% aandeelhouder van Pottendijk Wind B.V, Pottendijk Energie B.V. en Pottendijk Zon B.V. en ontwikkelt met deze BV's een windpark en twee zonne-akkers in de gemeente Emmen.

2.2. Enexis is de netbeheerder in de zin van artikel 10 lid 9 van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E '98) van het openbare elektriciteitsnet in de provincie Drenthe waar ook de gemeente Emmen ligt. Het regionale elektriciteitsnet van Enexis is gekoppeld aan het hoogspanningsnet van TenneT TSO B.V. (hierna: TenneT), de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet.

2.3. De provincie Drenthe heeft zich tegenover het Rijk gecommitteerd tot de realisatie van 286,5 MegaWatt (MW) windenergie op land in 2020. In het kader van deze afspraak heeft de provincie Drenthe de gemeente Emmen aangewezen als één van de gemeenten waar het opwekken van windenergie moet plaats vinden. De bedoeling is dat de gemeente Emmen 95,5 MW aan windenergie op land gaat realiseren.

2.4. Het door Pottendijk te realiseren windpark zal een opgesteld vermogen hebben van (maximaal) 50,4 MW. De zonne-akkers zullen een opgesteld vermogen hebben van (maximaal) 8,02 MW en 32,987 MW.

2.5. Voor het windpark en de twee zonne-akkers zijn in september 2018 de nodige omgevingsvergunningen verleend en op 16 januari 2019, 22 en 25 maart 2019 zijn de zogenaamde SDE-subsidies (in het kader van de Stimuleringsregeling Duurzame Energieproductie)

voor respectievelijk het windpark en de twee zonne-akkers toegekend.

- 2.6. In de beschikkingen waarin de SDE-subsidies zijn toegekend zijn termijnen bepaald waarbinnen de opdrachten voor de levering van windmolens en zonnepanelen moeten worden verleend en waarbinnen het windpark en de zonne-akkers in gebruik moeten worden genomen. In de beschikkingen voor de zonne-akkers is bepaald dat de opdrachten voor de bouw van de zonnepanelen uiterlijk op 22 september 2020 moeten worden verstrekt en dat de zonne-akkers uiterlijk op 22 maart 2022 in gebruik moeten worden genomen.
De opdracht voor de bouw van de windmolens moet uiterlijk op 16 juli 2020 worden verstrekt en het windpark moet uiterlijk op 15 januari 2023 in gebruik worden genomen.
- 2.7. De bedoeling is dat het windpark en de twee zonne-akkers via een particulier elektriciteitsnet (waarvan Pottendijk eigenaar wordt) worden verbonden met het openbare elektriciteitsnet.
- 2.8. Om de door Pottendijk opgewekte wind- en zonne-energie te kunnen invoeden op het openbare elektriciteitsnet en vervolgens te kunnen transporteren naar verbruikers van duurzame elektriciteit heeft Pottendijk een aansluiting van 60 Megavolt Ampère (MVA) en een transportcapaciteit van 60 MW nodig op het door Enexis beheerde openbare elektriciteitsnet.
- 2.9. Pottendijk heeft Enexis begin 2018 gecontacteerd in verband met het realiseren van een aansluiting voor de energie-projecten en heeft op 26 maart 2018 een prijsindicatie van Enexis ontvangen voor een aansluiting en transportcapaciteit voor de zonne-akkers van maximaal 36 MVA waarbij werd aangegeven dat er een indicatieve realisatietermijn van 78 weken was. De prijsindicatie heeft niet geresulteerd in een offerteaanvraag door Pottendijk.
- 2.10. Op 16 augustus 2018 heeft een overleg plaatsgevonden tussen de heer [naam medewerker Pottendijk 1] en de heer [naam medewerker Pottendijk 2] namens Pottendijk en de heer [naam relatiemanager Enexis] , relatiemanager bij Enexis. Tijdens dit overleg is besproken dat er voor het Pottendijk project drie logisch mogelijke aansluitpunten op het net van Enexis zijn, te weten de onderstations Emmen-Weerdinge, Bargermeer en Klazienaveen. Deze onderstations zijn alle drie aangesloten op de hoogspanningslijn van TenneT. Enexis heeft in het gesprek aangegeven dat er een beschikbaar transportvermogen van 65 tot 70 MW op de hoogspanningslijn was waarop de drie onderstations zijn aangesloten. Verder heeft Enexis medegedeeld dat zij uitsluitend transportcapaciteit zal reserveren nadat een offerte voor een aansluiting ten behoeve van de opwek van duurzame elektriciteit is aangevraagd, door Enexis is uitgebracht en deze vervolgens door de aanvrager is geaccepteerd.
- 2.11. Pottendijk heeft op 5 september 2018 (via een webapplicatie van Enexis) en op 7 september 2018 (via een e-mailbericht) aan Enexis gevraagd om een richtprijs op te geven dan wel een vrijblijvende offerte af te geven voor de kosten van een energieaansluiting met een capaciteit van 70 MW. Enexis heeft hierop (telefonisch) aan Pottendijk laten weten dat de gevraagde transportcapaciteit niet meer beschikbaar was.
- 2.12. Enexis heeft hierna aan Pottendijk aangeboden een offerte uit te brengen voor een aansluiting op het netwerk zonder transportcapaciteit. Op dit aanbod is Pottendijk niet in gegaan.
- 2.13. Bij brief van 14 december 2018 heeft Pottendijk (nogmaals) aan Enexis verzocht een aanbod te doen voor een aansluiting met een capaciteit van 60 MVA. In de brief geeft Pottendijk aan dat zij in een later stadium op het verzoek om transport zal terug komen. Voorts heeft mr. Het Lam bij brieven van 10 mei 2019 en 29 mei 2019 namens Pottendijk aan Enexis verzocht om een aanbod te doen voor zowel een aansluiting (met een capaciteit van 60 MVA) als transport (met een capaciteit van 60 MW) op het elektriciteitsnet. In de brief van 29 mei 2019 kondigt mr. Het Lam aan dat een kort gedingprocedure zal worden gestart indien het gevraagde aanbod uit blijft.

2.14. Enexis heeft tot op heden geen concreet aanbod voor de door Pottendijk gevraagde (ongeclausuleerde) aansluiting met transport op het openbaar elektriciteitsnet gedaan.

2.15. In de E'98 is – voor zover thans van belang – het volgende bepaald:

(...)

Artikel 16

1. De netbeheerder heeft in het kader van het beheer van de netten in het voor hem krachtens artikel 36 of 37 vastgestelde gebied tot taak:

- a. de door hem beheerde netten in werking te hebben en te onderhouden;
- b. de veiligheid en betrouwbaarheid van de netten en van het transport van elektriciteit over de netten op de meest doelmatige wijze te waarborgen;
- c. de netten aan te leggen, te herstellen, te vernieuwen of uit te breiden, waarbij in overweging worden genomen maatregelen op het gebied van duurzame elektriciteit, energiebesparing en vraagsturing of decentrale elektriciteitsproductie waardoor de noodzaak van vervanging of vergroting van de productiecapaciteit ondervangen kan worden;
- d. voldoende reservecapaciteit voor het transport van elektriciteit aan te houden;
- e. op de grondslag van artikel 23 derden te voorzien van een aansluiting op de netten;
- f. op de grondslag van artikel 24 ten behoeve van derden transport van elektriciteit uit te voeren;

(...)

Artikel 23

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

2 De netbeheerder onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt.

3 Een aansluiting wordt door de netbeheerder gerealiseerd binnen een redelijke termijn. Deze redelijke termijn is in ieder geval verstreken wanneer de gevraagde aansluiting niet is gerealiseerd binnen 18 weken nadat het verzoek om een aansluiting bij de netbeheerder is ingediend, indien het verzoek betreft:

- a. een aansluiting tot 10 MVA;
- b. een aansluiting voor een productie-installatie voor de opwekking van duurzame elektriciteit of een installatie voor hoogrenderende warmtekrachtkoppeling, tenzij de netbeheerder niet in redelijkheid kan worden verweten dat hij de aansluiting niet binnen de genoemde termijn heeft gerealiseerd.

Artikel 24

1 De netbeheerder is verplicht aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde net ten behoeve van de verzoeker transport van

elektriciteit uit te voeren tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk.

2 De verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt niet voor zover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft. Een weigering transport uit te voeren als bedoeld in de vorige volzin is met redenen omkleed. De netbeheerder verschaft degene aan wie transport is geweigerd desgevraagd en ten hoogste tegen kostprijs de relevante gegevens over de maatregelen die nodig zijn om het net te versterken. Indien ten aanzien van duurzame elektriciteit een weigering transport uit te voeren als bedoeld in de eerste volzin plaatsvindt, meldt de netbeheerder dit aan de Autoriteit Consument en Markt, waarbij de netbeheerder aangeeft welke maatregelen worden genomen om toekomstige weigeringen te voorkomen.

3 De netbeheerder onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt.

(...)

3 Het geschil

3.1. Pottendijk vordert samengevat -:

- a. a) Enexis te bevelen binnen één week na dagtekening van dit vonnis dan wel binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, aan Pottendijk een aanbod te doen voor een aansluiting van 60 MVA ten behoeve van de Pottendijk projecten op het dichtstbijzijnde punt in het door Enexis beheerde openbare elektriciteitsnet dat voldoet aan de wettelijke eisen, te weten station Emmen-Weerdinge, althans een ander door de voorzieningenrechter te bepalen station in het door Enexis beheerde openbare elektriciteitsnet, waarbij in het aanbod geen (contractuele) transportbeperkingen zijn opgenomen en waarbij in het aanbod is opgenomen dat de aansluiting uiterlijk twaalf maanden nadat Pottendijk het aanbod van Enexis heeft aanvaard, althans uiterlijk op een door de voorzieningenrechter te bepalen datum zal zijn gerealiseerd;
- b) Enexis te bevelen binnen één week na dagtekening van dit vonnis dan wel binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, aan Pottendijk een aanbod te doen voor 60 MW transportcapaciteit op de in de vordering a) bedoelde aansluiting, waarbij in het aanbod is opgenomen dat Pottendijk uiterlijk op het moment dat de in vordering a) bedoelde aansluiting is gerealiseerd, althans uiterlijk op een door de voorzieningenrechter te bepalen datum over de transportcapaciteit kan beschikken en waarbij in het aanbod ten aanzien van de beschikbaarheid van de transportcapaciteit van 60 MW geen (contractuele) transportbeperkingen zijn opgenomen;
- c) de veroordeling onder a) uit te spreken op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per dag of dagdeel;
- d) de veroordeling onder b) uit te spreken op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per dag of dagdeel;
- e) Enexis te veroordelen in de proceskosten.

3.2. Aan bovenstaande vorderingen heeft Pottendijk – zakelijk weergegeven – het volgende ten grondslag gelegd.

Enexis heeft als netbeheerder de wettelijke plicht om derden aan te sluiten op het door de netbeheerder beheerde openbare elektriciteitsnet en om ten behoeve van derden het transport van elektriciteit op het elektriciteitsnet uit te voeren. De wettelijke verplichting tot aansluiting en tot transport moeten van elkaar worden onderscheiden.

De wettelijke verplichting tot het aansluiten van derden op het elektriciteitsnet volgt uit artikel 23 E'98 en is een absolute plicht waarbij de aansluiting dient te worden gerealiseerd binnen een

redelijke termijn.

De wettelijke verplichting tot het uitvoeren van transport van elektriciteit op het net volgt uit artikel 24 E'98 en kent één uitzondering (artikel 24 lid 2). De verplichting geldt niet voor zover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft. Op grond van het derde lid van artikel 24 hebben alle afnemers die over een aansluiting op het openbare elektriciteitsnet beschikken, een gelijk recht op transport, ongeacht de datum van aansluiting.

De in lid 2 van artikel 24 neergelegde uitzondering gaat niet op in het geval van contractuele congestie. Dit blijkt uit rechtspraak van de College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) en uit een recente uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland.

Slechts in het geval van fysieke congestie is het de netbeheerder toegestaan op grond van artikel 24 lid 2 E'98 transport te weigeren teneinde de betrouwbaarheid van zijn elektriciteitsnet te waarborgen. Ook indien sprake is van fysieke congestie dient de netbeheerder zich te houden aan het discriminatieverbod van artikel 24 lid 3 E'98 en is het de netbeheerder niet toegestaan bestaande rechten voor te laten gaan. Verder dient de netbeheerder bij de verdeling van transportcapaciteit duurzaam opgewekte elektriciteit voorrang te verlenen ten opzichte van zogenaamde grijze elektriciteit. Dit laatste volgt uit artikel 16 van de Europese Richtlijn 2009/28/EG en uit artikel 24 lid 3 E'98.

Uit het bovenstaande volgt dat Enexis verplicht is om aan Pottendijk een aanbod te doen voor een aansluiting op het door Enexis beheerde openbare elektriciteitsnet met de door Pottendijk gewenste aansluitcapaciteit van 60 MVA. De redelijke termijn is inmiddels verstreken en Enexis heeft nog altijd geen aanbod aan Pottendijk gedaan zodat zij in strijd handelt met artikel 23 E'98. Enexis heeft nooit aangegeven, laat staan bewezen, dat de aansluiting van de Pottendijk-projecten op het openbare elektriciteitsnet feitelijk niet mogelijk zou zijn.

Verder is Enexis op grond van artikel 24 lid 1 E'98 verplicht om aan Pottendijk transportcapaciteit aan te bieden. Ondanks herhaalde en uitdrukkelijke verzoeken heeft Enexis nog geen aanbod aan Pottendijk gedaan. Enexis heeft ook niet bewezen dat sprake is van een gebrek aan transportcapaciteit vanwege fysieke congestie. Er is hooguit sprake van contractuele congestie en dat is geen weigeringsgrond in de zin van artikel 24 lid 2 E'98.

3.3. Enexis voert verweer waarop hierna, voor zover van belang, nader zal worden ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Pottendijk heeft in het kader van het spoedeisend belang aangevoerd dat de aan haar verstrekte SDE-subsidies een termijn bevatten waarbinnen de opdracht voor de bouw van het windpark en de opdracht voor de bouw van de zonne-akkers moeten zijn verstrekt. Pottendijk heeft voorts toegelicht dat zij voor het realiseren van het windpark en de zonne-akkers externe financiering nodig heeft die niet zal worden verstrekt alvorens Pottendijk een aanbod heeft voor de benodigde aansluiting en voor de benodigde transportcapaciteit.

Met deze stellingen – die Enexis niet heeft betwist – heeft Pottendijk haar spoedeisend belang voldoende onderbouwd.

Volgens Enexis heeft Pottendijk het spoedeisend belang zelf veroorzaakt door bij de aanvraag van de subsidies in strijd met de werkelijkheid te verklaren dat zij de gewenste aansluiting bij Enexis kon verkrijgen en dat er voldoende transportcapaciteit beschikbaar zou zijn, maar deze suggestie dat het spoedeisend belang aan Pottendijk zelf te wijten zou zijn wordt verworpen. Dat Pottendijk de subsidie verlenende instantie bewust verkeerde informatie heeft verstrekt of relevante informatie heeft achtergehouden is niet gebleken. Voor zover Pottendijk aan de subsidie verlenende instantie bij de aanvraag van de subsidie daadwerkelijk heeft medegedeeld dat zij de gewenste aansluiting bij Enexis kon verkrijgen en dat er voldoende transportcapaciteit aanwezig was, dan is deze mededeling in het licht van de volgens Pottendijk aanwezige wettelijke

verplichting van Enexis om aan haar een aanbod voor aansluiting en transport te doen, niet onbegrijpelijk.

4.2. In deze zaak staan twee vragen centraal, namelijk of Enexis op basis van artikel 23 van de E'98 verplicht is om Pottendijk op het door Enexis beheerde openbare elektriciteitsnet aan te sluiten en of Enexis op basis van artikel 24 van de E'98 verplicht is om Pottendijk een aanbod te doen om het transport van elektriciteit over het door Enexis beheerde net uit te voeren.

4.3. Gelet op hetgeen beide partijen over en weer hebben gesteld in deze procedure staat tussen hen niet ter discussie dat de aansluitplicht die op grond van artikel 23 E'98 voor de netbeheerder geldt, absoluut is. Dit volgt ook uit de tekst van het wetsartikel.

Uitgangspunt is dus dat Pottendijk, nu zij verzocht heeft om een aansluiting op het door Enexis beheerde openbare elektriciteitsnet, recht heeft op een aansluiting.

Enexis heeft aangevoerd dat zij voldaan heeft aan haar aansluitplicht omdat zij aan Pottendijk aangeboden heeft om een aansluiting te realiseren zonder transportcapaciteit. Dat Pottendijk van dit aanbod geen gebruik wenst te maken kan volgens Enexis niet aan haar worden tegengeworpen.

De voorzieningenrechter volgt dit standpunt van Enexis niet. In artikel 23 E'98 is bepaald dat degene die daarom verzoekt recht heeft op aansluiting. De plicht van de netwerkbeheerder om degene die daar om verzoekt aan te sluiten is onvoorwaardelijk en niet afhankelijk gesteld van de vraag of er transportcapaciteit aanwezig is. Door in het onderhavige geval een aansluiting op het elektriciteitsnetwerk aan te bieden en daar in feite de voorwaarde aan te verbinden dat Pottendijk geen gebruik maakt van transportcapaciteit op dat netwerk voldoet Enexis niet aan haar wettelijke aansluitplicht.

Bovenstaande overwegingen leiden ertoe dat de vordering van Pottendijk onder a) zal worden toegewezen.

4.4. De plicht voor de netwerkbeheerder tot het doen van een aanbod tot transport is opgenomen in artikel 24 E'98. In dit artikel is – net als in artikel 23 E'98 – expliciet een discriminatieverbod opgenomen.

Enexis stelt in de eerste plaats dat het discriminatieverbod, dat (onder meer) inhoudt een verbod om onderscheid te maken tussen recent en langer aangeslotenen met betrekking tot het aanbod van transportcapaciteit, niet geldt voor partijen als Pottendijk, die niet over een aansluiting beschikken.

Deze stelling van Enexis die erop neer komt dat het discriminatieverbod alleen geldt voor partijen die reeds op het elektriciteitsnet aangesloten zijn, vindt geen bevestiging in de wet. Lid 1 van artikel 24 E'98 bepaalt immers dat de netbeheerder verplicht is aan 'degene die daar om verzoekt' een aanbod tot transport van elektriciteit te doen. Volgens lid 3 van artikel 24 geldt het discriminatieverbod ten aanzien van 'degenen jegens wie de verplichting bedoeld in het eerste lid geldt'. Dat de in artikel 24 lid 1 E'98 genoemde 'degene' een aangeslotene moet zijn blijkt niet uit de tekst van het wetsartikel, noch uit de **Memorie van Toelichting (25621 nr. 3 – Kamerstukken – Memorie van Toelichting 29-09-1997, p. 34-35)**.

De stelling van Enexis strookt ook niet met het oordeel hieromtrent in de rechtspraak; in haar uitspraak van 17 mei 2013 overweegt het College van Beroep voor het bedrijfsleven als volgt: 'Het College is van oordeel dat de tekst van artikel 24 van de Wet (E'98, *vrzr*) geen aanknopingspunt biedt voor het standpunt van VEMW en PAWEX dat deze bepaling tot doel heeft bestaande afnemers te beschermen tegen aantasting van hun rechten door het toekennen van transportrechten aan nieuwe partijen. (...)'. (**ECLI:NL:CBB:2013:CA1172**).

4.5. Nu Pottendijk op het elektriciteitsnetwerk had moeten worden aangesloten en nu zij aan Enexis verzocht heeft een aanbod te doen tot het uitvoeren van transport van elektriciteit, was Enexis in beginsel dan ook verplicht aan Pottendijk een dergelijk aanbod te doen, met inachtneming van het in lid 3 van artikel 24 neergelegde discriminatieverbod.

4.6. Het principe 'first come, first served', waarbij bij de verdeling van de transportcapaciteit voorrang wordt gegeven aan aangeslotenen die reeds hebben gecontracteerd is in strijd met het discriminatieverbod (ro. 4.2 in vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland van 16 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1681).

Uit hetgeen Enexis in passage nr.11 van haar pleitnotitie stelt: 'Enexis had op dat moment de gevraagde transportcapaciteit niet meer beschikbaar. (...) Dit vanwege de vele reeds aan andere partijen uitgebrachte offertes en ingediende aanvragen die op dat moment nog moesten worden behandeld en daarmee samenhangend het gebrek aan beschikbare transportcapaciteit. Aanvragen door partijen die nog niet beschikken over een aansluiting, worden door Enexis behandeld op basis van het principe 'first come, first served'. Kortom, er is door Enexis geen offerte uitgebracht en dus geen transportcapaciteit gereserveerd ten behoeve van Pottendijk.', blijkt dat Enexis bij het behandelen van het verzoek van Pottendijk tot het doen van een aanbod tot transport (wel) het principe 'first come, first served' heeft toegepast. Hiermee heeft Enexis niet met inachtneming van het discriminatieverbod gehandeld. Enexis had het door Pottendijk verzochte aanbod niet op basis van het principe 'first come, first served' mogen weigeren.

4.7. De plicht van de netbeheerder om een aanbod voor transport van elektriciteit te doen geldt niet indien de netbeheerder redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft voor het gevraagde transport (artikel 24 lid 2 E'98). De bewijslast dat hij redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft rust op de netbeheerder zelf, in dit geval Enexis.

De overweging dat er veel partijen zijn aan wie Enexis aansluiting en transport op het elektriciteitsnetwerk heeft toegezegd of met wie zij reeds heeft gecontracteerd terwijl de transportcapaciteit beperkt is (zogenaamde 'contractuele congestie') levert – met het oog op het discriminatieverbod – geen weigeringsgrond als bedoeld in artikel 24 lid 2 E'98 op (zie ook voorzieningenrechter rechtbank Gelderland, 16 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1681).

4.8. De netbeheerder mag pas transport weigeren als alle maatregelen die hij kan nemen om toch aan de transportvraag te voldoen zijn uitgeput. Pas als ook dan onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is, mag de netbeheerder zich op het standpunt stellen dat hij redelijkerwijs geen capaciteit beschikbaar heeft en het gevraagde transport (gedeeltelijk) weigeren (Autoriteit Consument & Markt, documentnr. ACM/INT/386454, 28 juni 2019, p. 3).

Netbeheerders moeten hun inschatting van de beschikbare capaciteit van het netwerk niet baseren op het 'contractuele gebruik', de som van reeds aan aangeslotenen vergeven transportrechten, maar op het 'fysieke gebruik', het daadwerkelijke gebruik van die transportrechten op ieder moment. Omdat niet alle aangeslotenen op hetzelfde moment maximaal gebruik maken van hun gecontracteerde transportrechten hebben netbeheerders in veel gevallen marge om meer transportrechten uit te geven dan er fysieke capaciteit is om alle rechten opgeteld te transporteren (Autoriteit Consument & Markt, documentnr. ACM/INT/386454, 28 juni 2019, p 3).

Enexis had dus, alvorens aan Pottendijk mede te delen dat zij niet aan het verzoek tot aanbod tot transport van elektriciteit kon voldoen, moeten onderzoeken of de door haar geconstateerde schaarste aan transportcapaciteit veroorzaakt werd door de contractueel vergeven transportrechten die wellicht niet allemaal werden verbruikt. Op deze manier had Enexis kunnen bepalen of er nog een marge was om transportrechten uit te geven.

Dat Enexis dit heeft onderzocht is voorshands onvoldoende aannemelijk. De omstandigheid dat Enexis bij het overleg dat op 16 augustus 2018 met Pottendijk plaats vond kennelijk nog een beschikbaar transportvermogen van 65 tot 70 MW had terwijl op 7 september 2018 deze capaciteit niet meer beschikbaar was, en de stelling van Enexis dat de gevraagde transportcapaciteit niet meer beschikbaar was vanwege de vele reeds aan andere partijen uitgebrachte offertes en ingediende aanvragen die nog moesten worden behandeld, bevestigen het vermoeden dat Enexis met aanvragen van/toezeggingen aan andere partijen rekening heeft gehouden terwijl niet duidelijk was of deze partijen de aan hen toegezegde capaciteit ook daadwerkelijk (wilden gaan) benutten.

Verder werd namens Enexis bij de behandeling ter zitting op een vraag hieromtrent van de voorzieningenrechter geantwoord dat er voor een groot deel van de klanten nog een aansluiting gerealiseerd moest worden, dus dat het probleem dat er feitelijk een tekort aan capaciteit is zich nog niet heeft voorgedaan.

Enexis heeft het vermoeden dat het gebrek aan transportcapaciteit (vooralsnog) te wijten is aan contractuele congestie niet kunnen weg nemen.

- 4.9. Wanneer alle partijen die transportcapaciteit hebben gecontracteerd meer transportcapaciteit willen gebruiken dan feitelijk beschikbaar is, is van contractuele congestie geen sprake meer en wordt de fysieke grens van het elektriciteitsnetwerk bereikt. Fysieke congestie zou een weigering van de netbeheerder om het in artikel 24 lid 1 E'98 bedoelde aanbod tot transport te doen kunnen rechtvaardigen. Maar alvorens tot deze weigering op grond van fysieke congestie te komen dient de netbeheerder congestiemanagement toe te passen (CBB 17 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1172).

De toepassing van het congestiemanagement is beschreven in paragraaf 9.2. van de Netcode elektriciteit (hierna: Nce). In artikel 9.4 lid 1 van de Nce is bepaald dat congestiemanagement uitsluitend wordt toegepast ter voorkoming van een op artikel 24, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 gebaseerde weigering van de netbeheerder om aan een of meer aangeslotene(n) transportcapaciteit beschikbaar te stellen.

Ingevolge artikel 9.5 lid 1 van de Nce doet de netbeheerder eerst een vooraankondiging dat sprake kan zijn van structurele congestie. De netbeheerder voor het gebied waarvoor de vooraankondiging is gedaan moet vervolgens een onderzoek doen naar de mogelijkheden van congestiemanagement (artikel 9.5 lid 5 Nce).

Indien uit het onderzoek blijkt dat:

- a. de netbeheerder het nettechnisch mogelijk acht;
 - b. de netbeheerder het bedrijfsvoeringstechnisch mogelijk acht;
 - c. de periode van verwachte structurele congestie langer dan één jaar zal duren maar korter dan vier jaar en
 - d. in het desbetreffende gebied voldoende potentiële deelnemers aanwezig zijn voor congestiemanagement,
- dan moet congestiemanagement worden toegepast (artikel 9.5 lid 5 Nce).

Indien uit het onderzoek blijkt dat congestiemanagement geen oplossing biedt dan doen netbeheerders daarvan binnen één week na het onderzoek melding op hun website en op de website van de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet (artikel 9.5 lid 6 Nce).

- 4.10. Dat Enexis deze in de Nce beschreven procedure heeft doorlopen is niet gesteld of gebleken. Enexis heeft aangegeven dat zij opdracht heeft gegeven tot het in artikel 9.5 van de Nce bedoelde onderzoek en dat dit onderzoek nog loopt.

Bovendien is het gelet op rechtsoverweging 4.8 van dit vonnis de vraag of het door Enexis ingestelde onderzoek naar congestiemanagement niet voorbarig is; de netbeheerder moet immers eerst na gaan of er niet (slechts) sprake is van contractuele congestie en of er (nog) een marge is tussen het contractuele gebruik van de transportrechten en het feitelijke gebruik van de transportrechten. Hierboven is overwogen dat niet is gebleken dat Enexis dit gedaan heeft.

- 4.11. Bovenstaande overwegingen leiden tot de conclusie dat Enexis onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft, zoals bedoeld in artikel 24 lid 2 E'98. Enexis is dan ook verplicht om op de voet van artikel 24 lid 1 E'98 aan Pottendijk een aanbod tot het uitvoeren van transport te doen.

Een belangenafweging leidt niet tot een ander oordeel. Pottendijk heeft een onmiskenbaar belang bij de aansluiting op en bij transport via het openbare elektriciteitsnet van Enexis voor de realisatie van de zonne-akkers en het windpark.

Voorshands is niet gebleken dat het aansluiten van Pottendijk en het doen van een aanbod tot het uitvoeren van transport aan Pottendijk tot onoverkomelijke problemen aan de zijde van Enexis zal leiden. Mogelijk zal Enexis niet voortdurend aan haar contractuele verplichtingen jegens alle partijen kunnen voldoen. In die situaties zal Enexis moeten handelen met inachtneming van het bepaalde in de Nce.

Aangezien toewijzing van de vorderingen van Pottendijk ook gevolgen zou kunnen hebben voor andere partijen in de omgeving van Pottendijk die een aansluiting bij Enexis hebben dienen ook de belangen van deze derden bij de beoordeling te worden betrokken. Vooralsnog is niet gebleken dat toewijzing van de vorderingen van Pottendijk tot grote problemen bij klanten van Enexis zou leiden. Hierbij is van belang dat voorshands niet kan worden uitgesloten dat nog niet alle gecontracteerde capaciteit op het elektriciteitsnet daadwerkelijk wordt gebruikt en dat, indien dit wel het geval zou zijn, het gebrek aan transportcapaciteit dat alsdan ontstaat mogelijkwijs nog kan worden opgelost via congestiemanagement.

4.12. De vordering onder b) van Pottendijk word dan ook toegewezen, echter met inachtneming van het hiernavolgende. Voor zover Pottendijk vordert dat Enexis in het aanbod voor transport moet opnemen dat Pottendijk uiterlijk op een bepaalde datum daadwerkelijk over de transportcapaciteit kan beschikken wordt deze vordering afgewezen.

Enexis is aan Pottendijk verplicht het door haar gewenste aanbod te doen, maar Pottendijk heeft – ook als producent van groene energie – niet zonder meer aanspraak op het transport van het volledige door haar te contracteren transportvermogen. Immers, in het geval van transportschaarste dient Enexis met inachtneming van hetgeen in de Nce is bepaald omtrent congestiemanagement het risico van de schaarste te verdelen over alle aangeslotenen.

4.13. De voorzieningenrechter heeft geen aanleiding te betwijfelen dat Enexis de hiernavolgende veroordelingen zal nakomen zodat de in c) en d) gevorderde dwangsommen worden afgewezen.

4.14. Enexis zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Pottendijk worden begroot op:

- dagvaarding € 81,83
- griffierecht 639,00
- overige kosten 0,00
- salaris advocaat 980,00

Totaal € 1.700,83

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. gebiedt Enexis om binnen één week na betekening van dit vonnis aan Pottendijk een aanbod te doen voor een aansluiting van 60 MVA ten behoeve van de Pottendijk projecten (twee zonne-akkers en een windpark te gemeente Emmen) op het voor Pottendijk dichtstbijzijnde punt in het door Enexis beheerde openbare elektriciteitsnet dat voldoet aan de wettelijke eisen, te weten station Emmen-Weerdinge;
- 5.2. bepaalt dat in bovenstaand aanbod geen contractuele transportbeperkingen mogen worden opgenomen;
- 5.3. bepaalt dat de aansluiting uiterlijk twaalf maanden nadat Pottendijk het aanbod van Enexis voor een aansluiting heeft aanvaard, zal zijn gerealiseerd;
- 5.4. gebiedt Enexis om binnen een week na betekening van dit vonnis aan Pottendijk een aanbod te

doen zonder contractuele transportbeperkingen voor 60 MW transportcapaciteit op de in 5.1 bedoelde aansluiting op het door Enexis beheerde elektriciteitsnet;

5.5. veroordeelt Enexis in de proceskosten, aan de zijde van Pottendijk tot op heden begroot op € 1.700,83,

5.6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. E. Loesberg en in het openbaar uitgesproken op 12 september 2019.