



Datum van
inontvangstneming

:

22/07/2022

Zaak C-371/22

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

8 juni 2022

Verwijzende rechter:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 mei 2022

Verzoekende partij:

G sp. z o.o.

Verwerende partij:

W S.A.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Vordering van W S.A., gevestigd te G., tot veroordeling van G sp. z o.o., gevestigd te W., tot betaling van een contractuele boete wegens de voortijdige beëindiging van een voor bepaalde tijd gesloten energieleveringscontract.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van artikel 3, leden 5 en 7, van richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG, gelezen in samenhang met artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

Prejudiciële vragen

- 1) Moet artikel 3, leden 5 en 7, van richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG, waarin de verplichting is neergelegd om bij de tenuitvoerlegging van de rechten van een tot het kleinbedrijf behorende afnemer van energie die op een nieuwe energieleverancier overstapt het beginsel te eerbiedigen dat een in aanmerking komende afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid moet hebben om gemakkelijk over te stappen en dat een dergelijke overstap dient te geschieden zonder discriminatie op het vlak van kosten, moeite of tijd, aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de mogelijkheid om een contractuele boete op te leggen aan een afnemer van energie die een voor bepaalde tijd gesloten energieleveringscontract beëindigt omdat hij op een nieuwe energieleverancier wil overstappen, ongeacht het bedrag van de geleden schade [artikel 483, lid 1, en artikel 484, leden 1 en 2, van de ustawa-kodeks cywilny (burgerlijk wetboek) van 23 april 1964] en zonder dat in de Poolse energiewet [artikel 4j, lid 3a, van de ustawa-Prawo energetyczne (energiewet) van 10 april 1997] is voorzien in criteria voor de oplegging van dergelijke vergoedingen of voor de matiging daarvan?

- 2) Moet artikel 3, leden 5 en 7, van richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG, waarin de verplichting is neergelegd om de rechten van een tot het kleinbedrijf behorende afnemer van energie die op een nieuwe energieleverancier overstapt ten uitvoer te leggen zonder discriminatie op het vlak van kosten, moeite of tijd en onder eerbiediging van het beginsel dat een in aanmerking komende afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid moet hebben om gemakkelijk over te stappen, aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een uitlegging van contractuele bedingen die het in het geval van de voortijdige beëindiging van een voor bepaalde tijd met een leverancier gesloten energieleveringscontract mogelijk maakt om aan tot het kleinbedrijf behorende afnemers vergoedingen in rekening te brengen die in feite neerkomen op de kostprijs van de niet-afgenomen energie tot het einde van de looptijd van het betreffende contract overeenkomstig het beginsel „take or pay”?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG: artikel 3, leden 5 en 7;

Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van richtlijn 2012/27/EU: artikel 12, lid 3;

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU): artikel 267.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht en nationale rechtspraak

Ustawa-Prawo energetyczne (energiewet) van 10 april 1997 (hierna ook: „p.e.”): artikel 4j, leden 2, 3a en 6;

Ustawa-Kodeks cywilny (burgerlijk wetboek) van 23 april 1964 (hierna ook: „k.c.”): artikel 353¹, artikel 483, lid 1, en artikel 484, leden 1 en 2;

Beslissing van de Sąd Najwyższy (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Polen; hierna: „SN”) van 6 november 2003, III CZP 61/03;

Uitspraak van de SN van 17 januari 2020, IV CSK 579/17;

Vonnis van de Sąd Okręgowy w Warszawie (rechter in tweede aanleg Warschau, Polen; hierna: „SO”) van 10 september 2021, dossiernummer XVII AmA 69/20.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Op 1 januari 2010 hebben W S.A., gevestigd te G., die een verkoper van elektriciteit is, en G sp. z o.o., gevestigd te W., die een tot het kleinbedrijf behorende afnemer van energie met minder dan 50 werknemers is, een contract inzake de verkoop van elektriciteit aan een te K. gevestigd agrotoerismebedrijf gesloten. Vervolgens hebben partijen op 23 februari 2015 een tweede overeenkomst gesloten krachtens welke G sp. z o.o. zich ertoe heeft verbonden om het elektriciteitsleveringscontract minstens tot en met 31 december 2016 voort te zetten. In de tweede overeenkomst heeft de afnemer zich ertoe verbonden om van de verkoper een bepaalde hoeveelheid energie tegen een bepaalde prijs af te nemen. Die overeenkomst waarborgde het recht van partijen om het elektriciteitsleveringscontract te beëindigen met inachtneming van een opzeggingstermijn van 6 maanden, te rekenen vanaf de datum van betekening van de opzegging. Voorts zijn partijen overeengekomen dat W S.A. aan G sp. z o.o. bij beëindiging van het elektriciteitsleveringscontract voor het einde van de periode waarvoor de tweede overeenkomst was gesloten, een bedrag in rekening kon brengen dat overeenkomt met het verschil tussen de waarde van de door G sp. z o.o. opgegeven elektriciteit volgens de in de tweede overeenkomst vastgestelde prijs en de waarde van de door haar tot op het tijdstip van beëindiging van het elektriciteitsleveringscontract afgenomen elektriciteit tegen diezelfde in de tweede overeenkomst vastgestelde prijs (artikel 4, lid 4, van die overeenkomst).

- 2 Op 30 januari 2015 heeft G sp. z o.o. met Z S.A. (nieuwe energieverkoper) een contract inzake de verkoop van elektriciteit met betrekking tot hetzelfde te K. gevestigde bedrijf gesloten. De nieuwe energieverkoper heeft een volmacht gekregen om, onder andere, de bestaande contracten inzake de verkoop van elektriciteit namens G sp. z o.o. op te zeggen. Op 25 februari 2015 heeft Z S.A. aan W S.A. meegedeeld dat zij met G sp. z o.o. een contract inzake de verkoop van elektriciteit had gesloten en heeft zij bij W S.A., voor het geval dat deze vennootschap daar niet mee instemde, een verklaring van opzegging van het contract van 1 januari 2010 ingediend.
- 3 Op 9 maart 2016 heeft W S.A. ten aanzien van G sp. z o.o. een debetnota ten bedrage van 63 959,70 Poolse zloty (PLN) uitgeschreven als contractuele boete voor de voortijdige overstap op een nieuwe verkoper. G sp. z o.o. was gehouden om precies voor dat bedrag energie te kopen. W S.A. heeft de contractuele boete berekend krachtens artikel 4, lid 4, van de gesloten overeenkomst. Wegens de niet-tijdige betaling van voornoemd bedrag heeft W S.A. op 21 november 2016 bij de Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie (rechter in eerste aanleg Warschau, Polen; hierna: „SR”) een vordering ingesteld tot veroordeling van G sp. z o.o. tot het betalen van een bedrag van 63 959,70 PLN, vermeerderd met de wettelijke rente, als contractuele boete voor de voortijdige beëindiging van het door deze vennootschap voor bepaalde tijd gesloten energieleveringscontract.
- 4 Bij vonnis van 7 februari 2020 heeft de SR de ingestelde vordering toegewezen. Deze rechterlijke instantie heeft geoordeeld dat het enkele feit dat verweerster [in eerste aanleg] op 30 januari 2015 een contract inzake de verkoop van elektriciteit met een nieuwe verkoper had gesloten en dat zij verzoekster [in eerste aanleg] daarvan in kennis had gesteld van rechtswege een overstap op een nieuwe energieverkoper tot gevolg heeft gehad en dat het geen twijfel lijdt dat het door W S.A. en G sp. z o.o. gesloten contract, dat minstens tot en met 31 december 2016 van kracht zou zijn, als gevolg van de door verweerster [in eerste aanleg] gewenste overstap op de nieuwe energieverkoper voor die datum is beëindigd, hetgeen verzoekster [in eerste aanleg] het recht heeft gegeven om betaling van de genoemde boete te vorderen. De rechter in eerste aanleg heeft daaraan toegevoegd dat de vordering van verzoekster [in eerste aanleg] tot betaling van de contractuele boete er, gelet op artikel 483, lid 1, k.c., waarin is bepaald dat in een contract kan worden bedongen dat het herstel van schade als gevolg van de niet-nakoming of de tekortkoming in de nakoming van een niet-geldelijke verbintenis dient te geschieden door middel van betaling van een bepaald bedrag (contractuele boete), niet van afhankelijk is dat de geleden schade wordt aangetoond.
- 5 Verweerster [in eerste aanleg] heeft bij de SO hoger beroep tegen dit vonnis ingesteld.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 6 G sp. z o.o. betoogt dat het vonnis van de rechter in eerste aanleg inbreuk maakt op bepalingen van materieel recht, meer bepaald op artikel 4j, lid 6, p.e., door onjuiste uitlegging daarvan als gevolg van de aanname dat het enkele feit dat deze vennootschap op 30 januari 2015 een contract inzake de verkoop van elektriciteit met een nieuwe energieverkoper heeft gesloten en dat zij W S.A. daarvan in kennis heeft gesteld van rechtswege een overstap op een nieuwe energieverkoper tot gevolg heeft gehad. Daarnaast plaatst G sp. z o.o. in beginsel vraagtekens bij de haar opgelegde contractuele boete en wijst erop dat een dergelijke boete krachtens artikel 3, lid 5, van richtlijn 2009/72 niet mag worden opgelegd. Zij voert tevens aan dat W.S.A. geen werkelijke schade heeft geleden maar slechts inkomsten heeft gederfd.
- 7 W S.A. voert aan dat een contractuele boete naar nationaal recht onafhankelijk is van het bedrag van de geleden schade, aangezien in artikel 484, lid 1, k.c. is bepaald dat in het geval van de niet-nakoming of de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis een contractuele boete ten belope van het daarvoor vastgestelde bedrag aan de schuldeiser verschuldigd is, ongeacht het bedrag van de geleden schade.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 8 Wat betreft de eerste vraag wijst de nationale rechter erop dat de oorspronkelijke regelingen betreffende de communautaire elektriciteitsmarkt zijn geconcretiseerd door richtlijn 2009/72, die van toepassing is op de beoordeling van de contractuele verhouding die door de door partijen gesloten overeenkomst van 23 februari 2015 tot stand is gekomen. De oplossingen van de aangehaalde richtlijn zijn in Polen omgezet bij de ustawa o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (wet tot wijziging van de energiewet en enkele andere wetten) van 8 januari 2010. Krachtens deze herziening is de betreffende wet aangevuld met de bepaling van artikel 4j, lid 2, volgens welke een energiebedrijf dat zich bezighoudt met de transmissie of distributie van aardgas of energie, onder toepassing van objectieve en transparante regels ter waarborging van de gelijke behandeling van de gebruikers van het systeem, aan afnemers van aardgas of energie die op zijn net zijn aangesloten de mogelijkheid dient te bieden om op een nieuwe verkoper van aardgas of energie over te stappen. Bovendien is in artikel 4j, lid 3a, neergelegd dat eindafnemers het recht hebben om door middel van een tot hun energiebedrijf gerichte schriftelijke verklaring hun voor bepaalde tijd gesloten contract krachtens welke dat bedrijf aardgas of energie aan hen levert, op te zeggen zonder dat daarvoor andere kosten of schadeloosstellingen in rekening kunnen worden gebracht dan uit de bewoordingen van het contract voortvloeien.
- 9 In de daaropvolgende richtlijn 2019/944 zijn de in richtlijn 2009/72 geïntroduceerde oplossingen nader uitgewerkt, hetgeen relevant is voor de

uitlegging van richtlijn 2009/72 in de onderzochte zaak. Het in beide richtlijnen tot uitdrukking gebrachte grondbeginsel is dat van de mogelijkheid om vrijelijk op een nieuwe energieleverancier over te stappen. Overeenkomstig artikel 3, lid 5, van richtlijn 2009/72 zorgen de lidstaten ervoor dat het recht om van leverancier te veranderen geldt voor alle afnemers, zonder discriminatie op het vlak van kosten, moeite of tijd. Voorts wordt in artikel 3, lid 7, van deze richtlijn uitdrukkelijk gewezen op de noodzaak om ervoor te zorgen dat een in aanmerking komende afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gemakkelijk op een nieuwe leverancier over te stappen.

- 10 Dat een afnemer „daadwerkelijk” de mogelijkheid heeft op een nieuwe leverancier over te stappen moet aldus worden uitgelegd dat deze afnemer in feite – en niet louter hypothetisch – de mogelijkheid heeft om dat te doen. Bovendien waarborgt deze richtlijn dat een in aanmerking komende afnemer „gemakkelijk” op een nieuwe leverancier kan overstappen, hetgeen betekent dat de wet geen belemmeringen mag opwerpen die deze vrijheid teniet kunnen doen. Het doel van deze regelingen is enerzijds om afnemers van energie, met name consumenten, te beschermen en hun rechten te waarborgen en er anderzijds voor te zorgen dat de energiebedrijven gelijke toegang tot de afnemers hebben. In dit verband volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat de interventie van een staat in de vaststelling van de elektriciteitsprijs de totstandbrenging van een door mededinging gekenmerkte elektriciteitsmarkt weliswaar belemmert, maar deze interventie niettemin in het kader van richtlijn 2009/72 kan worden toegestaan, mits drie voorwaarden zijn vervuld. Ten eerste moet de interventie een doelstelling van algemeen economisch belang nastreven, ten tweede moet zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, en ten derde moet zij voorzien in duidelijk gedefinieerde, transparante, niet-discriminerende en controleerbare openbaredienstverplichtingen en dient zij de energiebedrijven van de Unie gelijke toegang tot de consument te waarborgen (zie in die zin arresten van 7 september 2016, ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637, punt 36; 30 april 2020, Overgas Mrezhi en Balgarska Gazova Asotsiatsia, C-5/19, EU:C:2020:343, punt 56, en 14 oktober 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847).
- 11 Het wezenlijke probleem dat gepaard gaat met de gewaarborgde vrijheid om op een nieuwe energieleverancier over te stappen betreft derhalve de mogelijkheid om aan de afnemers van energie een vergoeding op te leggen wanneer zij een voor bepaalde tijd gesloten energieleveringscontract opzeggen en om in te schatten wat de gevolgen van het opleggen van een dergelijke vergoeding zijn voor de mogelijkheid om daadwerkelijk van energieleverancier te veranderen. Krachtens de nationale wetgeving kan de afnemer zelf een verkoper van aardgas en energie kiezen, maar volgens artikel 4j, lid 3a, p.e. is het toegestaan om in een voor bepaalde tijd gesloten contract te voorzien in de mogelijkheid om in het geval van opzegging van een voor bepaalde tijd gesloten contract aan de afnemer „kosten en schadeloosstellingen” in rekening te brengen.
- 12 De energiewet preciseert geen enkel criterium voor de vaststelling van dergelijke kosten en schadeloosstellingen en verwijst [in dat verband] naar het contract. In

het kader van de contractvrijheid kunnen partijen regelingen treffen ten aanzien van kwesties die verband houden met de kosten voor de voortijdige beëindiging van een contract. Dit geldt ook voor de oplegging van een contractuele boete. Volgens het burgerlijk wetboek maakt de contractuele boete deel uit van de regeling inzake aansprakelijkheid voor schade en vormt zij een forfaitaire schadeloosstelling voor de niet-nakoming of de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en is zij onderworpen aan de regeling van de artikelen 483 en 484 k.c. In beginsel biedt het nationale recht de mogelijkheid om een contractuele boete op te leggen, ongeacht het bedrag van de geleden schade (artikel 484 k.c.; zie beslissing van de SN van 6 november 2003, III CZP 61/03). Het bedrag van een contractuele boete kan in het kader van een aanhangige procedure niet ambtshalve worden vastgesteld. De nationale wetgeving voorziet tevens in een categorie van schadeloosstelling die zowel gemaakte kosten als gedeerde winst kan omvatten.

- 13 Volgens de nationale rechtspraak is een beding dat de mogelijkheid biedt om aan een afnemer een vergoeding voor de voortijdige beëindiging van een voor bepaalde tijd gesloten contract aan te rekenen toelaatbaar, en in het geval dat de vergoeding vooraf wordt vastgesteld (van tevoren vastgestelde contractuele schadeloosstelling in de vorm van een forfaitair bedrag dat wordt berekend naar evenredigheid van de resterende periode tot aan het einde van het voor bepaalde tijd gesloten contract), is deze vergoeding een contractuele boete en moet zij worden beoordeeld in het licht van de toepasselijke bepalingen van het burgerlijk wetboek. Tevens wordt aangenomen dat een van tevoren verrichte vaststelling van het bedrag van een eenmalige forfaitaire vergoeding geen blijk is van misbruik van de contractuele positie van de betrokken vennootschap en van de bescherming van haar eigen belangen, maar bedoeld is om de instelling van vorderingen te vergemakkelijken zonder dat de omstandigheden waarin de schade is geleden en het bedrag van de schade behoeven te worden aangetoond. Aangezien een dergelijk recht bij wet is vastgesteld, kan het niet a priori als misbruik van een contractuele positie worden beschouwd. Alleen de wijze waarop een dergelijke schadeloosstelling in een contract is opgenomen, bijvoorbeeld de vaststelling van een buitensporig hoge contractuele boete, kan voorwerp van beoordeling zijn. Bovendien is een forfaitaire schadeloosstelling (contractuele boete) ook gunstig voor de schuldenaar, aangezien hij daardoor op de hoogte is van het maximumbedrag van zijn mogelijke aansprakelijkheid en hij bij de ondertekening van het contract van tevoren kan overwegen of hij een dergelijk risico wil aangaan (vonnis van de SO van 10 september 2021, dossiernummer XVII AmA 69/20, uitspraak van de SN van 17 januari 2020, IV CSK 579/17).
- 14 In het geval van consumenten wordt in de nationale rechtsleer aanvaard dat een abnormaal hoge boete voor het opzeggen van een contract wordt geacht nietig te zijn in het handelsverkeer met consumenten. Dit betekent dat de vraag of de bedingen van het contract de belangen van de consument op grove wijze schenden in dit specifieke geval moet worden beoordeeld met inaanmerkingneming van alle omstandigheden van het geval. Indien een dergelijke contractuele boete er in de praktijk toe zou leiden dat de opzegging van voor bepaalde tijd gesloten

contracten wordt belemmerd, moeten dergelijke boetes worden geacht nietig te zijn aangezien zij [in dat geval] afbreuk doen aan de contractvrijheid van artikel 353¹ k.c. en in strijd zijn met artikel 4j, lid 3a, p.e.

- 15 De verwijzende rechter wijst erop dat uit de verwijzing naar Bijlage I die is opgenomen in artikel 3, lid 7, van richtlijn 2009/72 volgt dat in het geval van een afnemer die een consument is in het geheel geen vergoedingen in rekening mogen worden gebracht wanneer deze afnemer van leverancier verandert [punt 1, onder e), van deze bijlage]. De energiewet voorziet evenwel niet in een dergelijke uitsluiting.
- 16 Wat betreft marktdeelnemers van het kleinbedrijf wordt in de rechtsleer aangenomen dat niet eens kan worden nagegaan of dergelijke bedingen oneerlijk zijn, aangezien in artikel 4j, lid 3a, p.e. niet wordt verwezen naar de bescherming van de consument. Deze regeling biedt de energiebedrijven de mogelijkheid om in wezen willekeurige en zelfs buitensporig hoge boetes voor de voortijdige opzegging van een contract op te leggen. Bovendien voorziet zij niet in de mogelijkheid om een boete die is opgelegd aan een klant die een marktdeelnemer is, ambtshalve te matigen. Evenmin stelt deze regeling criteria voor de oplegging van boetes vast, en zij verwijst bijvoorbeeld niet naar de evenredigheid van een boete met de gemaakte kosten of de gelopen risico's. In de praktijk zijn de boetes gelijk aan de kosten van een mogelijke factuur voor de levering van energie, hetgeen in beginsel betekent dat de opzegging van dergelijke contracten in feite onmogelijk kan worden gemaakt.
- 17 De nationale rechter, bij wie twijfels zijn gerezen over de uitlegging van artikel 3, lid 5, van richtlijn 2009/72, wijst erop dat uit artikel 3, leden 5 en 7, bovenal de noodzaak volgt om te waarborgen dat een in aanmerking komende afnemer gemakkelijk op een nieuwe leverancier kan overstappen en zijn recht om dat te doen kan uitoefenen zonder discriminatie op het vlak van kosten, moeite of tijd. In deze bepalingen wordt geen melding gemaakt van boetes of schadeloosstellingen maar wordt gewezen op de noodzaak om deze rechten ten uitvoer te leggen naar evenredigheid van de gemaakte kosten. Indien dit voor de afnemer daadwerkelijk gepaard gaat met financiële nadelen, mag de omvang daarvan niet leiden tot discriminatie van andere energieleveranciers doordat de afnemer van energie wordt belet daadwerkelijk op een nieuwe leverancier over te stappen.
- 18 De nationale rechter voegt daaraan toe dat uit artikel 4 en artikel 12, lid 3, van richtlijn 2019/944, waarin deze beginselen nader zijn uitgewerkt, volgt dat vergoedingen die aan marktdeelnemers van het kleinbedrijf worden aangerekend in verband met een overstap op een nieuwe energieleverancier, evenredig moeten zijn en niet meer mogen bedragen dan het rechtstreekse economische verlies dat de leverancier of marktdeelnemer die aan aggregatie doet, lijdt als gevolg van [de handelwijze van] de afnemer die zijn contract opzegt, met inbegrip van de kosten voor gebundelde investeringen of diensten die de afnemer reeds heeft ontvangen als onderdeel van het contract. Deze uitlegging kan derhalve afbreuk doen aan de wijze van opvatting van de tenuitvoerlegging van de rechten van de afnemers om

op een nieuwe energieleverancier over te stappen krachtens richtlijn 2009/72, waarin van vergoedingen geen sprake is (arrest van 16 oktober 2014, Welmory, C-605/12, EU:C:2014:2298, waarin het Hof heeft toegestaan dat een verordening werd ingeroepen die ten tijde van de feiten van de betreffende zaak nog niet van kracht was).

- 19 De nationale rechter vat zijn overwegingen betreffende de eerste vraag samen met de opmerking dat richtlijn 2009/72 uitdrukkelijk verwijst naar de noodzaak om te waarborgen dat een in aanmerking komende afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gemakkelijk op een nieuwe leverancier over te stappen (artikel 3, lid 7). De invoering van allerhande vergoedingen bemoeilijkt de overstap op een nieuwe energieleverancier. In de energiewet wordt een algemene categorie kosten en schadeloosstellingen gehanteerd. Daarentegen worden in deze wet geen precieze schadecriteria gegeven en wordt in dat verband verwezen naar het contract. In het kader van een contract kan zowel een contractuele boete (forfaitaire schadeloosstelling) als een schadeloosstelling worden bedongen. Indien ervan wordt uitgegaan dat vergoedingen een vorm van schadeloosstelling zijn, rijst de vraag of een dergelijke schadeloosstelling ook als winstderving kan worden berekend en in feite mag overeenstemmen met vergoedingen voor de levering van energie, aangezien de energiewet geen enkel criterium voor dergelijke kosten preciseert. Indien wordt aangenomen dat het gaat om een contractuele boete – een forfaitaire schadeloosstelling – kan deze naar nationaal recht ongeacht het bedrag van de geleden schade worden gevorderd en staat het bovendien aan de consument om te bewijzen dat een opgelegde boete abnormaal hoog is. De eventuele mogelijkheid om een dergelijke boete te matigen hangt af van de beoordeling van de rechter en van de procedurele activiteit van de afnemer van energie, terwijl alleen al uit artikel 12, lid 3, van richtlijn 2019/944 volgt dat de bewijslast voor het rechtstreekse economische verlies ligt bij de leverancier of marktdeelnemer die aan aggregatie doet en de toelaatbaarheid van opzegvergoedingen wordt gemonitord door de regulerende instantie of een andere bevoegde nationale instantie. De toelaatbaarheid van dergelijke contractuele boetes naar nationaal recht zou derhalve de beschermende functies die de Uniewetgever met de invoering van artikel 3, leden 5 en 7, van richtlijn 2009/72 en artikel 12, lid 3, van richtlijn 2019/944 voor ogen had, teniet kunnen doen. De toelaatbaarheid van de oplegging van contractuele boetes ongeacht het bedrag van de geleden schade – zonder duidelijke en precieze schadecriteria – kan leiden tot feitelijke beperkingen van de vrijheid van afnemers om contracten op te zeggen, waardoor de aan de energiebedrijven van de Unie geboden waarborgen van gelijke toegang tot de afnemers zou worden verstoord.
- 20 Wat betreft de tweede vraag benadrukt de nationale rechter dat deze verband houdt met de eerste vraag en peilt naar de toelaatbaarheid van de vaststelling via contractuele weg van vergoedingen die aan de afnemers van energie worden aangerekend voor de voortijdige beëindiging van een energieleveringscontract in een situatie waarin deze vergoedingen *in feite* overeenstemmen met de kosten van de niet-afgenomen energie. De nationale rechter vraagt zich af of de reeds aangehaalde beginselen, waaronder het beginsel van de daadwerkelijke

mogelijkheid om gemakkelijk op een nieuwe leverancier over te stappen en van de niet-discriminerende tenuitvoerlegging van het recht om dat te doen, aan een dergelijke berekening van vergoedingen in de weg staan. Richtlijn 2009/72 benadrukt het belang van evenredigheid in de lasten die aan de afnemers worden opgelegd en schrijft tegelijkertijd voor – zoals reeds vermeld – dat een afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid moet hebben om op een nieuwe leverancier over te stappen teneinde de gelijke toegang van energiebedrijven tot afnemers te beschermen.

- 21 Aanwijzingen voor de uitlegging van artikel 3, leden 5 en 7, van richtlijn 2009/72 kunnen worden gevonden in de regelingen van de nieuwe richtlijn. Volgens het reeds genoemde artikel 12, lid 3, van richtlijn 2019/944 kunnen de lidstaten leveranciers of marktdeelnemers die aan aggregatie doen, toestaan opzegvergoedingen in rekening te brengen aan afnemers die vrijwillig een elektriciteitsleveringscontract met een vaste looptijd en een vaste prijs voor het einde van de looptijd opzeggen. Deze bepalingen staan er niet aan in de weg dat vergoedingen in verband met de voortijdige beëindiging van een contract worden aangerekend, maar wijzen er niettemin op dat deze vergoedingen door een passende evenredigheid moeten worden gekenmerkt. In deze richtlijn wordt met name gewezen op de noodzaak van de evenredigheid van de vergoedingen met investeringen en diensten die de afnemer reeds heeft ontvangen.
- 22 In het geval van bedrijven die zich bezighouden met de verkoop/levering van energie moet de betrokken vennootschap bij het verwerven van een nieuwe afnemer elektriciteit kopen, hetgeen gepaard gaat met de vastlegging van middelen en de noodzaak van het betalen van voorschotten voor de gekochte elektriciteit en het gekochte aardgas. Deze kosten omvatten onder meer ook de bezoldiging van de agent die de klant heeft aangetrokken, de bezoldiging van de werknemers die zijn belast met de exploitatie van het gehele systeem en soortgelijke kosten. Al deze kosten kunnen door een forfaitaire schadeloosstelling, meer bepaald door een contractuele boete, worden gedekt, ook al is het in de praktijk vrij moeilijk om dergelijke kosten op nauwkeurige wijze te berekenen. De schade kan niet alleen rechtstreekse economische verliezen maar ook gederfde winst omvatten. Derhalve rijst de vraag of contractuele bedingen toelaatbaar zijn die voorzien in een vergoeding voor de beëindiging van een voor bepaalde tijd gesloten contract die overeenstemt met de bedragen die verschuldigd zouden zijn voor de niet-afgenomen energie die gedurende de looptijd van het contract had moeten worden afgenomen. In dit verband luidt de vraag of het aanvaardbaar is om vergoedingen te berekenen volgens het beginsel „take or pay” (miniumafnamebeding) en of een dergelijke constructie de afnemers niet veeleer belet op een nieuwe energieleverancier over te stappen en derhalve in strijd is met het beginsel dat een afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid moet hebben om dat te doen.
- 23 De gerezen twijfel heeft derhalve betrekking op de wijze van begroting van een passende vergoeding. Daarbij moet er rekening mee worden gehouden dat de beëindiging van het contract en het voortduren van de verbintenis met de

leverancier voor de afnemer vergelijkbare financiële gevolgen zullen hebben indien de vergoeding overeenstemt met de berekende kosten voor de niet-afgenomen energie. In een dergelijke situatie valt te verwachten dat een afnemer die zijn contract wil beëindigen in een voor hem ongunstige verbintenis verwickeld raakt. Daarentegen is de leverancier er gedurende de gehele looptijd van het contract zeker van dat hij in ieder geval financiële voordelen zal verkrijgen. Indien het contract wordt beëindigd, is de afnemer hoe dan ook gehouden tot het betalen van het equivalent van de geraamde elektriciteitsprijs waarin het contract tot aan het einde van de looptijd daarvan voorziet. In een dergelijke situatie houdt de oplegging van een contractuele boete aan de afnemer in dat alle financiële risico's in verband met de beëindiging van het contract op hem worden afgewenteld, en bovendien is het bedrag van een aldus berekende contractuele boete abnormaal hoog. Een dergelijke situatie kan de afnemers ertoe dwingen de tenuitvoerlegging van hun contract voort te zetten, ook al willen zij dat misschien niet, en kan derhalve leiden tot een beperking van hun vrijheid om te besluiten tot het opzeggen van een contract en om hun recht om over te stappen op een nieuwe elektriciteitsleverancier uit te oefenen. Een contractuele boete die uitsluitend wordt vastgesteld op basis van de door de partijen vastgestelde resterende looptijd is in feite bedoeld om het voor de afnemer economisch onaantrekkelijk te maken om een contract op te zeggen en om hem ervan te weerhouden dat te doen.

- 24 Anderzijds is het mogelijk dat het rechtstreekse economische verlies in het geval van een voor bepaalde tijd gesloten contract in feite overeenstemt met de kosten in verband met de levering van energie aan de betrokken afnemer alsmede met de noodzaak tot het in stand houden van de gehele infrastructuur. Vergoedingen voor de levering van energie bestaan in de regel uit twee delen, namelijk een vergoeding voor de afgenomen brandstof of energie en een vergoeding voor de transmissie of distributie van deze energie. Distributievergoedingen kunnen worden berekend volgens de verwachte energieaankoop.
- 25 Derhalve rijst de vraag hoe de energieleveranciers hun economische verliezen dienen te berekenen, namelijk of deze berekende transmissievergoedingen voor de distributie of transmissie van energie moeten worden meegerekend dan wel of deze verliezen ook nog andere uitgaven in verband met de aankoop van energie omvatten. De vraag luidt derhalve hoe het begrip evenredigheid van de vergoeding in verband met het rechtstreekse economische verlies van een dergelijke marktdeelnemer moet worden uitgelegd.
- 26 Gerede twijfel bestaat tevens over de vraag of een dergelijke wijze van berekening van vergoedingen – ter voorkoming van het verweer dat dergelijke vergoedingen willekeurig en arbitrair van aard zijn en met het oog op de overeenstemming met de bewoordingen van de uitgelegde richtlijn – niet veeleer uitdrukkelijk in de energiewet moet zijn neergelegd om willekeur in dat opzicht te vermijden en tegelijkertijd de bewijslast in dit soort zaken correct te verdelen. Het bestaan van een dergelijke contractuele vrijheid tot het vaststellen van regels voor het opleggen van vergoedingen kan leiden tot willekeur of, in extreme gevallen, tot de

invoering via contractuele weg van het beginsel van „take or pay”. Zoals reeds is opgemerkt wordt in de rechtspraak van het Hof aangenomen dat de idee van de mogelijkheid om gemakkelijk op een nieuwe leverancier over te stappen bedoeld is om aan de energiebedrijven van de Unie gelijke toegang tot afnemers te waarborgen. Het antwoord op deze vraag zal derhalve bijzonder nuttig zijn, indien het Hof het standpunt deelt dat het krachtens richtlijn 2009/72 in beginsel geoorloofd is om een vergoeding voor de voortijdige beëindiging van een energiecontract in verband met de overstap op een nieuwe energieleverancier aan te rekenen, en zal niet alleen relevant zijn voor deze zaak maar ook voor zaken die tegen dezelfde achtergrond in de toekomst nog aan de orde kunnen komen.