

AAN Autoriteit Consument en Markt
Directie Energie
Postbus 16326
2500 BH DEN HAAG

VAN [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
advocaten
TELEFOON +31 88 [REDACTED]
E-MAIL [REDACTED]@akd.eu

BEZOEKADRES Gustav Mahlerlaan 2970
1081 LA Amsterdam
INTERNET www.akd.nl

DATUM 7 december 2023
ONDERWERP Ontwerp codebesluit niet gebruikte
transportrechten (GOTORK);
zienswijze Goodman Netherlands B.V. e.a.
UW KENMERK ACM/22/180812
ONS KENMERK 329052

ZIENSWIJZE

Geachte heer/mevrouw,

Op 26 oktober 2023 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: '**ACM**') in de Staatscourant een mededeling gedaan van de terinzagelegging van het ontwerpbesluit met kenmerk ACM/UIT/605846 en zaaknummer ACM/22/180812 tot wijziging van de voorwaarden als bedoeld in artikel 31 van de Elektriciteitswet 1998 betreffende het verlagen van het gecontracteerd transportvermogen van aangeslotenen (hierna: '**het ontwerpbesluit**'). Dit ontwerpbesluit voorziet in een wijziging van de Netcode elektriciteit. De ACM consulteert dit ontwerpbesluit van 26 oktober 2023 tot en met 7 december 2023.

Goodman Netherlands B.V., haar dochtervennootschappen en overige aan haar gelieerde entiteiten die in Bijlage 1 worden genoemd (hierna tezamen: '**Goodman**'), maken hierbij graag gebruik van de gelegenheid om een zienswijze in te dienen. Desgewenst verstrekt Goodman graag nadere informatie over deze entiteiten, met dien verstande dat voorzover dat vertrouwelijke informatie betreft zij voorafgaand aan verstrekking graag die vertrouwelijkheid in onderling overleg borgt.

Alvorens Goodman daartoe overgaat acht zij van belang om te benadrukken dat zij zich bewust is van de grote uitdagingen waarmee de netbeheerders geconfronteerd worden. Goodman realiseert zich terdege dat netbeheerders maatregelen moeten nemen om transportcapaciteit zo efficiënt en doelmatig als mogelijk, te verdelen. Ook is zij zich bewust van de grote maatschappelijke opgave om het elektriciteitsnet op een hoog tempo uit te breiden en te verzwaren, om dat zodoende geschikt te maken voor het energiesysteem van de toekomst. Dit laat echter onverlet dat er een evenwichtige balans moet worden

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponneerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 26/2022 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op <https://www.akd.eu/>.

#60097285v1

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 2 van 16

gevonden tussen enerzijds een efficiënt gebruik van het net en anderzijds de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van zittende partijen, waaronder marktpartijen als Goodman en haar achterliggende investeerders en financiers. Van zo een evenwichtige balans is in het huidige ontwerpbesluit geen sprake. Het huidige ontwerpbesluit maakt een onevenredige inbreuk op de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van deze marktpartijen. In het verleden zijn grote investeringsbeslissingen genomen, gebaseerd op de wet en contractuele aanspraken. Het ontwerpbesluit respecteert die investeringsbeslissingen en de gerechtvaardigde belangen op grond van de wet en de contractuele afspraken niet.

Het voorgaande licht Goodman hierna toe. In **hoofdstuk 1** onderbouwt zij eerst het belang van Goodman bij het ontwerpbesluit. Daarnaast zal in **hoofdstuk 2** het recht van eigendom worden behandeld. Hierin komt naar voren dat het ontwerpbesluit op gespannen voet staat en in strijd is met het eigendomsrecht van Goodman. Vervolgens worden in **hoofdstuk 3** overige bezwaren tegen het ontwerpbesluit uiteengezet, waarna in **hoofdstuk 4** een conclusie volgt.

1. HET BELANG VAN GOODMAN BIJ HET ONTWERPBESLUIT

Goodman is een wereldwijde vastgoedgroep gespecialiseerd in bedrijfstvastgoed. Zij bezit, ontwikkelt en beheert hoogwaardige duurzame bedrijfspanden die dicht bij de consument gelegen zijn en essentiële infrastructuur bieden voor de digitale economie.¹

In Nederland is Goodman eigenaar van circa achttien strategisch gelegen onroerende zaken, die zich voornamelijk in de Randstad bevinden. Voor het merendeel van deze panden beschikt Goodman over aansluit- en transportovereenkomsten (hierna: 'ATO') met de publieke netbeheerders. Reeds hierom is Goodman belanghebbend bij het ontwerpbesluit.

Het belang van Goodman bij het ontwerpbesluit is voorts gelegen in (i) het zekerstellen dat haar bedrijfsmodel passend is in de bestaande regelgeving, althans de Netcode elektriciteit, (ii) het zekerstellen dat haar gerechtvaardigde verwachtingen ten tijde van in het verleden genomen investeringsbeslissingen worden gerespecteerd en (iii) het borgen dat de Netcode elektriciteit geen remmend effect zal hebben op de verduurzaming van haar gebouwenportfolio. Wij lichten dat hierna toe.

Ad (i): wat betreft het bedrijfsmodel van Goodman zij benadrukt dat zij vastgoed bezit en beheert dat geregeld om verschillende redenen voor een bepaalde periode (geheel of gedeeltelijk, in het geval van multi-tenant panden) leeg staat (of kan komen te staan). Daarnaast is Goodman onlangs eigenaar geworden van nieuwbouwlocaties met het doel om die te (her)ontwikkelen, waardoor die (nog te realiseren of recentelijk opgeleverde) gebouwen pas met de tijd vollopen met nieuwe huurders. Inherent aan de bedrijfsvoering van Goodman is het daarom dat er periodes zijn waarin minder transportcapaciteit wordt gebruikt dan waar zij op basis van de ATO recht op heeft. Daarbij dient te worden opgemerkt dat afnemers

¹ Voor een nadere omschrijving van de activiteiten van Goodman verwijzen wij naar de website van Goodman, <https://nl.goodman.com/over-goodman/over-ons>.

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 3 van 16

in de vastgoedmarkt verwachten dat vastgoed geleverd wordt met een ATO die voorziet in voldoende transportcapaciteit, zodat afgenomen vastgoed ook daadwerkelijk op korte termijn (volledig) kan worden benut overeenkomstig haar bestemming.

Goodman is niet enkel ontwikkelaar, maar ook lange-termijn-belegger in het door haar ontwikkelde vastgoed. Inherent aan haar bedrijfsvoering is dat met het verloop van de tijd sprake is van andere, elkaar opvolgende huurders. Daarom zijn de huidige huurders niet noodzakelijk de huurders van morgen. Goodman investeert echter juist voor de lange termijn. Om lange-termijn-investeringsbeslissingen te kunnen nemen kijkt zij naar het verwachte huurdersbestand gedurende de volledige levensduur van een gebouw. Inherent daaraan is dat zij uitgaat van een transportcapaciteit die mogelijk niet helemaal nodig is voor de huidige huurders, maar wel voor een volgende huurder wanneer huurcontract(en) aflopen. Daarvoor gaat zij uit van een bepaalde bandbreedte aan huurders. Dit bedrijfsmodel verdraagt zich niet met het ontwerpbesluit. Goodman moet namelijk een beroep kunnen doen, vandaag en morgen, op de haar toegekende transportcapaciteit, ook al wordt deze vandaag niet integraal benut.

Ad (ii): Goodman constateert dat indien de ACM zou overgaan tot het (definitief) nemen van het voorgestelde ontwerpbesluit, zij rechtstreeks geraakt wordt in haar bedrijfsvoering en dat aan in het verleden genomen investeringsbeslissingen een belangrijke basis ontvalt. Netbeheerders krijgen hierdoor namelijk de bevoegdheid om het gecontracteerd transportvermogen van grootverbruikers te verlagen als zij 'onnodig' veel transportcapaciteit gecontracteerd hebben en dit niet binnen een 'redelijke termijn' zullen gebruiken; de zogenoemde 'Gebruik op Tijd of Raak het Kwijt (hierna: 'GOTORK')-bevoegdheid.

Dit brengt met zich dat indien vastgoed van Goodman voor langere duur leegstaat – en waardoor minder of nauwelijks transportcapaciteit wordt afgenomen – zij blijvend in haar rechtmatige aanspraak, dat wil zeggen het haar toegekende transportvermogen, kan worden gekort. Op het moment dat zij vervolgens een huurder of koper vindt van dit vastgoed, kan zij, doordat er is gekort op haar transportcapaciteit, niet langer voorzien in een ATO met een hoeveelheid transportcapaciteit die past bij de rechtmatige bestemming en de (volledige) bezetting van het betreffende vastgoed. Dit staat op gespannen voet met de gerechtvaardigde verwachtingen die Goodman had ten tijde van in het verleden genomen investeringsbeslissingen, en welke toentertijd doorslaggevend zijn geweest.

Ad (iii): hiernaast is Goodman een speler op een vastgoed- en gebruikersmarkt die thans enorm in beweging is, met name op vlak van verduurzaming en elektrificatie van de energievraag van gebouwen. Goodman hecht hier een zeer grote waarde aan en investeert derhalve aanzienlijk in haar portfolio. Bijvoorbeeld:

- Verduurzaming van haar portfolio is een speerpunt van de bedrijfsstrategie van Goodman. Op al haar locaties voert Goodman een concreet onderzoek uit naar het uitrollen van zonnepanelen op daken en conversie naar elektrische HVAC daar waar op dit moment een pand nog op gas verwarmd wordt;

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 4 van 16

- Net zoals Goodman maken haar huurders een omwenteling op het vlak van elektrificatie. Zo schakelen huurders over van diesel of benzine naar van elektrische voertuigen (zowel (personen)auto's en busjes als grote vrachtwagens). Vele van deze huurders weten vandaag (nog) niet concreet met welke snelheid en maximale capaciteit ze kunnen en zullen elektrificeren, en hebben derhalve nog geen zicht op de vraag hoe hun vloot aan voertuigen van morgen eruit zal zien en welke elektrische laadvraag dit met zich meebrengt. Duidelijk is evenwel dat de gebouwen in de Goodman portfolio in de toekomst een steeds grotere elektriciteitsvraag zullen hebben.

Om in te kunnen spelen op deze stijgende, maar thans niet exact vast te stellen vraag naar elektriciteit heeft Goodman houvast aan de huidige ATO's nodig. Dit is een noodzakelijke voorwaarde voor de verduurzaming van haar vastgoed. Gelet op het voorgaande is Goodman belanghebbende bij het ontwerpbesluit. Het is evident dat het ontwerpbesluit grote impact heeft op de bedrijfsvoering van Goodman.

2. HET ONTWERPBESLUIT IS NIET TE VERENIGEN MET HET RECHT OP EIGENDOM

Goodman verzoekt u het ontwerpbesluit te beoordelen in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: '**artikel 1 EP**'). Zij meent namelijk dat het ontwerpbesluit daarmee in strijd is, althans dat niet volledig wordt voldaan aan de vereisten die gelden voor het reguleren van eigendom. Dat licht zij hierna toe.

2.1 *Gecontracteerd transportvermogen kwalificeert als 'eigendom' in de zin van artikel 1 EP*

Artikel 1 EP bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon het recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom, en dat niemand zijn eigendom zal worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Het tweede lid van het artikel bepaalt dat de voorgaande bepaling op geen enkele wijze het recht aantast dat een staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: '**EHRM**') interpreteert 'eigendom' in de zin van artikel 1 EP ruim.² Het begrip is niet beperkt tot het eigendom van fysieke goederen, maar omvat ook aanspraken die voldoende vaststaan om ze als 'assets' aan te merken, en legitieme verwachtingen om een effectief genot van eigendomsrechten te verwerven. Hierdoor vallen rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen ook onder het eigendomsbegrip.

² Voor een overzicht van de rechtspraak van het EHRM over het begrip 'eigendom' zij verwezen naar de door het EHRM opgestelde Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, p. 7-19.

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 5 van 16

Voor Goodman lijkt het geen twijfel dat een gecontracteerd recht op transportcapaciteit ook valt onder de reikwijdte van het begrip 'eigendom' in de zin van artikel 1 EP (danwel onderdeel is gaan uitmaken van het eigendomsrecht op de onroerende zaak van Goodman; zie hierna ad 2.2). In de ATO is namelijk (normaliter) een onvoorwaardelijk recht op een bepaalde hoeveelheid transportcapaciteit overeengekomen, waardoor het gaat om aanspraken die voldoende vaststaan om ze als eigendom aan te merken. Daarnaast geldt dat het recht op transportcapaciteit ontegenzeggelijk vermogenswaarde vertegenwoordigt.

2.2 De GOTORK-bevoegdheid brengt een inmenging op het recht op eigendom met zich mee

Naar het oordeel van Goodman staat bovendien vast dat de uit het ontwerpbesluit voortvloeiende GOTORK-bevoegdheid een inmenging van het recht op het eigendom met zich brengt. Waar voorheen een harde juridische aanspraak bestond en er op gerekend mocht worden dat eenmaal gecontracteerd transportvermogen ten behoeve van die onroerende zaken ook daadwerkelijk bij de netbeheerder kon worden afgenomen, zorgt het ontwerpbesluit ervoor dat dit niet langer het geval is.

Als Goodman vastgoed beheert waar – om wat voor reden dan ook – voor langere duur minder transportvermogen wordt gebruikt dan waar zij uit hoofde van de ATO recht op heeft, dan zal zij blijvend kunnen worden beperkt in de hoeveelheid transportvermogen die zij in het vervolg kan afnemen. Het ontwerpbesluit brengt aldus met zich mee dat bestaande contractuele verhoudingen tussen netbeheerders en aangeslotenen eenzijdig worden aangetast in het nadeel van de betreffende aangeslotenen. Een inmenging op het recht van eigendom in de zin van artikel 1 EP staat hierdoor vast. Aan de eveneens uit dat artikel voortvloeiende rechtswaarborgen wordt echter niet voldaan.

2.3 De inmenging op het recht van eigendom is niet bij wettelijk voorschrift voorzien

Indien de overheid – door wet- en regelgeving – bestaande contractuele verhoudingen aantast, moeten de daarvoor geldende (verdragsrechtelijke) waarborgen worden nageleefd. Zo moet een inmenging op het eigendomsrecht, ten eerste, bij wet zijn voorzien. Dit betreft een formeel vereiste. De eis van een wettelijk voorschrift veronderstelt ook, ten tweede, dat aan materiële criteria moet worden voldaan. Zo moeten de bepalingen waarmee de inmenging mogelijk wordt gemaakt voldoende toegankelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn in hun toepassing.³ In de context van de voorliggende zienswijze zij benadrukt dat wat betreft de voorzienbaarheid geldt dat het wettelijke voorschrift moet beschermen tegen willekeurige inmenging.⁴

Goodman stelt zich op het standpunt dat de inmenging op het recht van eigendom niet bij wettelijk voorschrift is voorzien, noch wat betreft het daarvoor geldende formele vereiste, noch wat betreft de materiële criteria.

³ Zie in dit verband bijvoorbeeld de toets van het voor netbeheerders geldende groepsverbod aan artikel 1 EP die het Gerechtshof Amsterdam eerder uitvoerde, Gerechtshof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4285, r.o. 3.6 e.v.

⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 11 december 2018, zaaknummer no. 36480/07 (Léčić t. Slovenië), para. 95.

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 6 van 16

Formeel: geen wettelijke grondslag voor de GOTORK-bevoegdheid

In de eerste plaats constateert Goodman dat de GOTORK-bevoegdheid niet is vastgelegd in een wet in formele zin. De Netcode Elektriciteit is geen wet in formele zin.

In de tweede plaats bestaat er evenmin een toereikende wettelijke grondslag op basis waarvan de ACM de GOTORK-bevoegdheid aan netbeheerders kan toekennen. Uit het ontwerpbesluit volgt dat het besluit is gebaseerd op artikel 31 in samenhang met artikel 36 van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: 'E-wet'). In beide bepalingen ziet Goodman geen bevoegdheid tot het eenzijdig aantasten van bestaande contractuele verhoudingen en daarmee het aantasten van het eigendomsrecht.

Voor zover de ACM zou overwegen om, in reactie op deze zienswijze, zich te beroepen op artikel 31, vierde lid, E-wet, omdat daarin staat de ACM voorwaarden kan stellen over "het toewijzen van capaciteit die een afnemer niet gebruikt", verwijst Goodman naar algehele verwoording van dit lid, alsook de parlementaire toelichting daarbij. Hieruit blijkt namelijk dat de aangehaalde zinsnede betrekking heeft op het toewijzen van transportcapaciteit over landsgrensoverschrijdende netten, dus voor de invoer en uitvoer van elektriciteit.⁵ Het ontwerpbesluit ziet echter niet op deze netten die onder het beheer zijn van TenneT als de beheerder van het landelijke hoogspanningselektriciteitsnetwerk, althans het beoogt te voorzien in een bevoegdheid voor de netten van de regionale netbeheerders.

Materieel: de GOTORK-bevoegdheid is onvoldoende nauwkeurig en voorzienbaar

Goodman meent dat het ontwerpbesluit evenmin voldoet aan de materiële vereisten die gelden bij het beperken van het eigendomsrecht, in het bijzonder niet aan de vereisten van nauwkeurigheid en voorzienbaarheid. Het gevolg is dat het ontwerpbesluit, bovendien, in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Goodman licht dat hierna toe aan de hand van meerdere voorbeelden.

I. Volgens het ontwerpbesluit komt artikel 7.18, eerste lid, van de Netcode Elektriciteit als volgt te luiden:

1. *De netbeheerder treedt in overleg met een aangeslotene die beschikt over een aansluiting op een middenspanningsnet dan wel een hoogspanningsnet indien:*

- a. de desbetreffende aangeslotene gedurende 12 maanden gebruik maakt van ten hoogste 50% van het gecontracteerd transportvermogen of wanneer hij 1 MW of meer van zijn gecontacteerd transportvermogen niet benut; en*
- b. de desbetreffende aansluiting is gelegen in een congestiegebied als bedoeld in artikel 9.9, eerste lid*

Het is niet duidelijk wat het 'overleg' in de zin van deze bepaling inhoudt. Het ontwerpbesluit

⁵ Kamerstukken II, 1999-2000, 27 250, nr. 3, p. 25

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 7 van 16

bevat geen definitie en in het normale spraakgebruik bestaat hiervan geen eenduidig begrip. Uit de toelichting bij het ontwerpbesluit volgt alleen het doel van het overleg, namelijk het bepalen of er daadwerkelijk sprake is van onbenut gecontracteerd transportvermogen.⁶ Niet blijkt bijvoorbeeld of het verplicht is voor aangeslotenen om in een dergelijk overleg te treden met de netbeheerder en – als aangeslotenen besluiten om niet in overleg te treden – wat de consequenties daarvan zijn; evenmin is duidelijk of er bepaalde formaliteiten of vereisten gelden om het overleg aan te vangen. Is het bijvoorbeeld voldoende dat er een gedocumenteerd telefoontje heeft plaatsgevonden? Of dient de netbeheerder schriftelijk om inlichtingen te hebben verzocht? En hoe wordt omgegaan met aangeslotenen die niet (of niet tijdig, in de ogen van de netbeheerder) daarop reageren? In het laatste geval lijkt uit het ontwerpbesluit te mogen worden opgemaakt dat de netbeheerders niet bevoegd zijn om over te gaan tot het verlagen van het gecontracteerd transportvermogen, maar dat is thans niet evident. Volgens het voorgestelde artikel 7.18, tweede lid, stelt de netbeheerder namelijk pas *na dit overleg* vast of binnen een redelijke termijn van in beginsel 12 maanden het niet benutte deel van het gecontracteerde transportvermogen gebruikt gaat worden. Echter, als het niet duidelijk is wat een 'overleg' is, dan biedt deze bepaling geen houvast of zekerheid voor een aangeslotene.

- II. Een tweede bezwaar aangaande artikel 7.18, eerste lid, van de Netcode elektriciteit is erin gelegen dat de huidige formulering onduidelijk is voor wat betreft de 1 MW. Het is niet evident dat voor de zinssnede *wanneer hij 1 MW of meer van zijn gecontacteerd transportvermogen niet benut* ook het vereiste geldt van 12 maanden, althans dat over een periode van 12 maanden wordt bezien in hoeverre deze grens van 1 MW wordt gehaald.
- III. Verder is niet duidelijk hoe de "12 maanden" in de zin van artikel 7.18, eerste lid, onder a, gemeten moet worden. Zo doet de vraag zich voor of deze 12 maanden termijn begint met lopen nadat een aansluiting in bedrijf is genomen of dat deze termijn al kan aanvangen na de datum van de ondertekening van de ATO (maar zonder actieve aansluiting). Ook is het niet duidelijk of de netbeheerder de begindatum daarvan schriftelijk aan de aangeslotene dient te communiceren, of dat een netbeheerder stilzwijgend die termijn zou kunnen laten lopen. De toelichting bij het ontwerpbesluit biedt hierover geen uitsluitel, en is daarom onvoldoende nauwkeurig, maar wel rechtsonzeker.
- IV. Daarnaast beantwoordt ook het voorgestelde artikel 7.18, tweede lid, van het ontwerpbesluit niet aan de vereisten van nauwkeurigheid en voorzienbaarheid. Dit lid is als volgt geformuleerd:

⁶ ACM, 'Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van [datum ondertekening] tot wijziging van de voorwaarden als bedoeld in artikel 31 van de Elektriciteitswet 1998 betreffende het verlagen van het gecontracteerd transportvermogen van aangeslotenen', randnummer 29.

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 8 van 16

2. *Na het in het eerste lid bedoelde overleg stelt de netbeheerder vast of binnen een redelijke termijn van in beginsel 12 maanden het niet benutte deel van het gecontracteerd transportvermogen alsnog door de aangeslotene gebruikt zal worden. De netbeheerder betreft hierbij ten minste:*
 - a. *De prognoses als bedoeld in artikel 13.12, eerste lid, onderdeel e, of artikel 13.14, eerste lid, onderdeel b, of de prognoses als bedoeld in artikel 13.11, eerste lid, onderdeel e, of artikel 13.13, eerste lid, onderdeel b;*
 - b. *De realisatievoorziening van de geplande installatie; of;*
 - c. *het in eerste lid bedoelde overleg*

Naar het oordeel van Goodman is het criterium “een redelijke termijn van in beginsel 12 maanden” rechtsonzeker. Het creëert ruimte voor interpretatieverschillen en laat de uiteindelijke beslissing afhangen van de subjectieve beoordeling van de netbeheerder. Daarbij komt dat netbeheerders onderling verschillend kunnen oordelen over wanneer sprake is van een ‘redelijke termijn’. Daarnaast bieden de woorden ‘in beginsel’ ook aanzienlijk minder zekerheid dan de woorden ‘ten minste’ zouden bieden. De interpretatie van het huidige criterium hangt immers ook van de subjectieve beoordeling van een netbeheerder, die eenzijdig kan bepalen wanneer en op welke wijze een uitzondering op het beginsel gerechtvaardigd is.

In de toelichting van het ontwerpbesluit wordt nauwelijks, maar hoe dan ook onvoldoende, toegelicht waarom een termijn van 12 maanden in beginsel redelijk zou zijn. Een dergelijke motivering zou wel op zijn plaats zijn – al helemaal omdat de ACM op dit punt afwijkt van het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders. In laatstgenoemde voorstel werd de redelijke termijn bepaald als een periode van “tenminste 12 maanden”, hetgeen de ACM, zo is te lezen, “te vrijblijvend” heeft gevonden.⁷ Hetzelfde bezwaar doet zich voor bij de nu gekozen formulering.

- V. Daar komt bovenop dat de ACM geen richting geeft in de wijze waarop netbeheerders deze “redelijke termijn” moeten vaststellen, maar enkel onder a, b en c, enkele omstandigheden noemt die zij “ten minste” mee moeten nemen in hun beoordeling. Onduidelijk is welke omstandigheden netbeheerders nog meer in hun overweging mogen meenemen. Gelet op de strenge (bovendien Unierechtelijke) vereisten die volgens de Netcode elektriciteit gelden voor het afwijzen van een verzoek om transportcapaciteit valt niet in te zien waarom netbeheerders bij de beslissing tot het verlagen van transportcapaciteit materieel gezien tamelijk vrij worden gelaten. Een en ander is in ieder geval moeilijk te rijmen met de uit het Europese energierecht voortvloeiende verplichtingen tot transparant en non-discriminatoire handelen.⁸

⁷ Ibid, randnummer 38.

⁸ Zoals ook bevestigd is in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, in bijvoorbeeld HvJ-EU 27 januari 2022, ECLI:EU:C:2022:58 (*Fondul Proprietatea SA en Elektrorazpredelenie Yug*), para. 69-72

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 9 van 16

In het verlengde hiervan meent Goodman dat aan het slot van criterium b ten onrechte 'of staat. Het moet gaan om cumulatieve vereisten. Het mag niet optioneel zijn voor netbeheerders om informatie die naar voren is gebracht in het overleg te gebruiken in de besluitvorming. Netbeheerders moeten verplicht zijn om die informatie te documenteren en verwoorden, en op basis daarvan besluiten of en zo ja, in hoeverre zij van hun GOTORK-bevoegdheid gebruik wensen te maken.

Bovendien dienen netbeheerders bij de aangeslotenen uit te vragen hoe die aangeslotenen verwachten dat het transport zich over de komende periode zal ontwikkelen. Dit staat op dit moment ten onrechte nog niet in het ontwerpbesluit.

- VI. Naast de "redelijke termijn" bestaat volgens Goodman onduidelijkheid over het "*niet benutte gedeelte*" in de zin van het voorgestelde artikel 7.18, tweede en derde lid. Niet is duidelijk of de netbeheerder moet vaststellen of de aangeslotene binnen de genoemde "*redelijke termijn*" het *gehele* "*niet benutte gedeelte*" zal benutten of dat zij ook moet onderzoeken of slechts een gedeelte daarvan (niet) binnen een redelijke termijn wordt gebruikt. Dit heeft aanzienlijke gevolgen voor het (kunnen) aanwenden van de GOTORK-bevoegdheid door de netbeheerders. Als zij enkel de transportcapaciteit kunnen verlagen op het moment dat het gehele "*niet benutte gedeelte*" niet binnen redelijke termijn wordt aangewend, dan zal de bruikbaarheid van deze bevoegdheid aanzienlijk beperkter zijn dan wanneer het niet-benutten van *een gedeelte* daarvan ook volstaat voor het toepassen van deze bevoegdheid. Ook dit maakt dat de inmenging op het recht van eigendom in het ontwerpbesluit onvoldoende is voorzien.

Gelet op het voorgaande is Goodman van oordeel dat de inmenging op het recht van eigendom niet voldoet aan de vereisten die daarvoor gelden op grond van artikel 1 EP en ook op gespannen voet staat met het rechtszekerheidsbeginsel. Zowel vanuit formeel als materieel oogpunt is de inmenging namelijk niet bij wettelijk voorschrift voorzien, waardoor onvoldoende grondslag bestaat voor het ontwerpbesluit.

2.4 De beperking op het recht van eigendom is niet proportioneel

In aanvulling op het voorgaande is Goodman van oordeel dat de uit het ontwerpbesluit voortvloeiende GOTORK-bevoegdheid niet proportioneel is. Dit komt omdat het ontwerpbesluit onvoldoende procedurele waarborgen bevat die voorkomen dat het korten op de overeengekomen transportcapaciteit langer duurt dan strikt noodzakelijk.

In dit verband verwijst Goodman naar het voorgestelde artikel 7.18, derde lid. Hierin staat enkel dat de netbeheerder het gecontracteerd transportvermogen aanpast indien de netbeheerder vaststelt dat het niet benutte deel van het gecontracteerd transportvermogen niet binnen een redelijke termijn gebruikt gaat worden. Het is weliswaar zo dat de GOTORK-bevoegdheid vereist dat de betreffende aansluiting waarop wordt gekort zich in een congestiegebied begeeft, maar nergens is bepaald dat aangeslotenen slechts

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 10 van 16

gekort kunnen worden op hun gecontracteerd transportvermogen voor zover de situatie van congestie aldaar voortduurt. Met andere woorden: er volgt geen verplichting tot het terugbrengen c.q. verhogen naar het aanvankelijk gecontracteerd transportvermogen op het moment dat de congestieproblematiek zich niet langer voordoet in het gebied van de betreffende aansluiting. Dit mag vanuit het licht van de vereiste proportionaliteit – dat overigens eveneens besloten ligt in artikel 1 EP – echter wel worden verwacht.

Dat op grond van het voorgestelde 7.18, vijfde lid, een aangeslotene kan verzoeken om verhoging van het gekorte transportvermogen doet aan het voorgaande geen afbreuk. Hieruit volgt namelijk geen ondubbelzinnige verplichting tot het honoreren van een transportverzoek indien het gebied waar de aansluiting zich begeeft niet langer kwalificeert als congestiegebied.

Dit maakt dat de inmenging op het recht van eigendom niet proportioneel is. Het bevat onvoldoende waarborgen die garanderen dat het verminderen van de contractueel overeengekomen transportcapaciteit niet langer duurt dan strikt noodzakelijk.

2.5 Tussenconclusie

Gelet op het bovenstaande is Goodman van oordeel dat het ontwerpbesluit in haar huidige vorm in strijd is met artikel 1 EP. Zij betreurt dat de ACM heeft nagelaten om de verenigbaarheid van het ontwerpbesluit met deze verdragsrechtelijke norm te motiveren. De gegeven toelichting voldoet hoe dan ook niet aan hetgeen redelijkerwijs mag worden verwacht van de motivering van een dergelijk vergaande inmenging op het recht van eigendom.

3. OVERIGE BEZWAREN TEGEN HET ONTWERPBESLUIT

De meeste bezwaren van Goodman tegen het ontwerpbesluit heeft zij hiervoor over de band van artikel 1 EP kenbaar gemaakt. Zij hecht te benadrukken dat deze bezwaren ook los van deze verdragsbepaling ertoe zouden moeten leiden dat het ontwerpbesluit (in haar huidige vorm) niet wordt aangenomen. Zo dient ook te worden voldaan aan het rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel.

Het voorgaande neemt niet weg dat zij in aanvulling hierop nog wenst enkele overige bezwaren tegen het ontwerpbesluit wenst te maken.

3.1 De wijze waarop de bewijslast is gevestigd op aangeslotenen is onredelijk

Hiervoor is reeds aan de orde gekomen dat netbeheerders moeten bepalen of het onbenutte gedeelte van het gecontracteerde transportvermogen binnen een redelijke termijn gebruikt zal worden, welke in beginsel wordt vastgesteld op 12 maanden. In de toelichting bij het ontwerpbesluit is te lezen dat de netbeheerder hier kan afwijken

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 11 van 16

"mits voldoende onderbouwd door de aangeslotene"⁹ (onderstreping AKD)

Deze benadering roept bezwaren op bij Goodman. Allereerst lijkt hieruit te volgen dat de netbeheerder in eerste instantie een termijn van 12 maanden moet hanteren, tenzij de netbeheerder anders oordeelt of tenzij de aangeslotene voldoende onderbouwt waarom een andere termijn gebruikt moet worden. Het lijkt te suggereren dat de netbeheerder niet zelf kan bepalen dat een langere termijn dan 12 maanden geschikter is om te hanteren. Dit volgt echter niet uit de tekst van de voorgestelde wijziging van de Netcode zelf, maar enkel uit de toelichting. Het ontwerpbesluit is om deze reden onduidelijk. Voorts zij hierbij gewezen op het hiervoor aangevoerde argument (ad 2.3. V), dat de netbeheerder verplicht moet zijn om actief aan de aangeslotene uit te vragen wat zijn verwachtingen zijn omtrent de te gebruiken transportcapaciteit. Het aangehaalde citaat uit de toelichting gaat hiervan ook uit, zodat de formulering van het codewijzigingsvoorstel nog daarop moet worden aangepast.

Verder heeft de ACM op geen enkele wijze toegelicht hoe een aangeslotene voldoende of sluitend kan bewijzen dat de transportcapaciteit binnen een redelijke termijn alsnog zal worden benut en hoe de procedure is ingericht, opdat de aangeslotene in redelijkheid in de gelegenheid wordt gesteld om zijn argumentatie en eventuele bewijsstukken met de ACM te delen. Wordt, bijvoorbeeld, eerst aan een aangeslotene een voornemen tot aanpassing (in de zin van artikel 7.18 lid 3 van het ontwerpbesluit) bekendgemaakt, waarbij een redelijke termijn wordt gesteld om daarop te reageren? En wat zijn dan vervolgens de aspecten die relevant zijn bij het bepalen of tot een langere termijn wordt gekomen? Zo meent Goodman dat een nagenoeg finaal concept van een huurovereenkomst zou moeten volstaan om te bewijzen dat binnen een redelijke termijn het niet benutte deel van het gecontracteerd transportvermogen wordt gebruikt.

Goodman vraagt bovendien aandacht voor haar bedrijfsvoering waarin vaak niet met zekerheid is vast te stellen op welke termijn een leegstaande unit of het (gehele) pand (weer) zal worden gebruikt – waardoor de transportcapaciteit ook daadwerkelijk wordt afgenomen; zie ook hetgeen in hoofdstuk 1 van deze zienswijze is aangevoerd. Door de bewijslast in deze op Goodman te vestigen, maar niet uit te wijden hoe zij hieraan kan voldoen, wordt zij opgezadeld met een moeizaam te vervullen bewijsopdracht en staat de deur wagenwijd op voor een niet-eenduidige en willekeurige beleidslijn van de netbeheerders. Ondertussen kan er kostbare tijd verloren gaan aan discussies wat wel of niet voldoende bewijs vormt en het is niet duidelijk of gedurende die periode de bevoegdheid van de netbeheerder om een deel van het gecontracteerde vermogen in te trekken wordt opgeschort. Als dat niet zo is, dan zou een aangeslotene telkens een kort geding moeten starten om die opschorting bij voorlopige voorziening te vragen. Een dergelijke rechtsgang is evident niet in het belang van een aangeslotene, die mogelijk gelijktijdig door de (onterechte) inperking van het gecontracteerd vermogen op dat moment al niet meer volledig aan diens lopende (contractuele) verplichtingen met o.a. huurders en investeerders kan voldoen. De spoedeisendheid zal daarom telkens hoog zijn. De betreffende netbeheerder lijkt ook niet gebaat te zijn bij een dergelijke

⁹ ACM, 'Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van [datum ondertekening], kenmerk definitieve besluit tot wijziging van de voorwaarden als bedoeld in artikel 31 van de Elektriciteitswet 1998 betreffende het verlagen van het gecontracteerd transportvermogen van aangeslotenen, randnummer 37.

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 12 van 16

rechtsgang, alleen al omdat de daarmee gepaard gaande tijd en moeite beter ingezet kunnen worden voor het oplossen van het congestieprobleem. Daarnaast zullen de kosten voor de netbeheerders flink kunnen oplopen, en zullen die kosten weer moeten worden doorbelast aan de gebruikers, zijnde ook de particuliere consument. Tot slot zij hierbij gewezen op de moeilijke positie van de civiele kort-gedingrechter, die zich zal moeten uitleten over een redelijke uitleg van de Netcode elektriciteit. Het is echter niet primair de taak van die rechter om de gewenste duidelijkheid te bieden. Dat moet de ACM doen, door in heldere bewoordingen in de Netcode elektriciteit de randvoorwaarden en procedure te beschrijven, waaraan moet worden voldaan voor het kunnen terugbrengen van de door de netbeheerder eerder gecontracteerde transportcapaciteit. Al met al is dit een onwenselijke situatie die naar alle waarschijnlijkheid helaas wel de uitkomst zal zijn van het thans voorliggende ontwerpbesluit. Dit zou in de definitieve besluitvorming moeten worden voorkomen door de noodzakelijke duidelijkheid te verschaffen in de tekst van de Netcode elektriciteit.

3.2 *Het gebrek aan een overgangperiode (waarin bezwaar gemaakt kan worden) is onredelijk*

Verder stelt Goodman zich op het standpunt dat het gebrek aan een overgangperiode voordat de transportcapaciteit wordt verlaagd (en waarin bezwaar gemaakt kan worden) onredelijk en rechtsonzeker is. In dit verband verwijst zij naar het voorgestelde artikel 7.18, vierde lid. Hierin staat dat de in het derde lid bedoelde verlaging in gaat op het moment van aanpassing. Vooropgesteld zij dat het begrip 'aanpassing' dient te worden gedefinieerd. Is dat de schriftelijke bekendmaking van het besluit tot verlaging door de netbeheerder? Of wordt een andere definitie beoogd? Zou niet beter een wijzigingsovereenkomst van de ATO getekend moeten worden waarin de aanpassing wordt vastgelegd, zodat de aangeslotene tenminste wel juridisch vastgelegd krijgt waar hij nog wel recht op heeft?

Als Goodman het voorstel goed begrijpt, wordt voorgesteld dat de netbeheerder van de een op de andere dag het transportvermogen kan verlagen indien de netbeheerder vaststelt dat het niet benutte deel van het gecontracteerd transportvermogen "*niet binnen een redelijke termijn gebruikt gaat worden*". Er wordt op dat moment geen gelegenheid geboden voor aangeslotenen om bezwaar te maken alvorens de verlaging ingaat, en er wordt ook geen overgangperiode gehanteerd waarin aangeslotenen hun bedrijfsvoering kunnen aanpassen op hun nieuwe transportvermogen. Dit is naar het oordeel van Goodman zeer onredelijk en is praktisch onwerkbaar. Bovendien wordt compleet over het hoofd gezien dat het onmiddellijke rechtseffect van een verlagingbeslissing door een netbeheerder, zal kunnen leiden tot aansprakelijkheid van Goodman voor de nakoming van haar lopende verplichtingen uit bijvoorbeeld een huurovereenkomst, maar ook uit andersoortige overeenkomsten, zoals die met investeerders en financiers of met bevoegd gezagen (bijvoorbeeld een erfpachtovereenkomst met een gemeente of havenbedrijf). Goodman kan zich moeilijk voorstellen dat dat inderdaad de bedoeling is. Ingeval dat wel de bedoeling zou zijn, dan dient het definitieve besluit een voorziening te bevatten dat ertoe strekt dat deze schade niet voor Goodman komt.

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 13 van 16

3.3 Het verzoek om verhoging van transportcapaciteit op basis van artikel 7.18, vijfde lid, is onduidelijk

Op grond van het voorgestelde artikel 7.18, vijfde lid, kunnen aangeslotenen die gekort zijn in hun transportcapaciteit een verzoek indienen tot verhoging van transportcapaciteit indien zij aannemelijk kunnen maken dat zij de verzochte waarde voor het gecontracteerd transportvermogen nodig hebben.

Deze bepaling is als volgt geformuleerd:

Na een verlaging als bedoeld in het derde lid kan, indien nog steeds sprake is van de situatie als bedoeld in het eerste lid onderdeel b, het gecontracteerd transportvermogen verhoogd worden, indien de aangeslotene hier om verzoekt conform artikel 24, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998, en de aangeslotene op grond van de prognoses als bedoeld in artikel 13.12, eerste lid, onderdeel e, of artikel 13.14, eerste lid, onderdeel b, dan wel artikel 13.11, eerste lid, onderdeel e of artikel 13.13, eerste lid, onderdeel b, aannemelijk kan maken de verzochte waarde voor het gecontracteerd transportvermogen nodig heeft.

Goodman is van oordeel dat deze bepaling niet duidelijk is en wel om de volgende redenen:

Allereerst lijkt deze bepaling te suggereren dat een verzoek om verhoging van transportcapaciteit enkel kan worden ingediend op het moment dat er “nog steeds sprake is van de situatie als bedoeld in het eerste lid onderdeel b” – wat erop neerkomt dat een dergelijk verzoek alleen kan worden ingediend op het moment dat het gebied nog altijd kwalificeert als congestiegebied. Niet valt in te zien waarom een dergelijk verzoek niet zou mogen worden ingediend als de situatie van congestie niet langer aan de orde is. Juist in een dergelijk geval zou herstel naar de oorspronkelijke contractuele situatie verwacht moeten worden.

Ten tweede is onduidelijk wat de verhouding is tussen enerzijds een verzoek op basis van het voorgestelde artikel 7.18, vijfde lid en anderzijds een ‘regulier’ verzoek op basis van artikel 24, eerste lid, E-wet. Gelet op de verwijzing naar artikel 24, eerste lid, E-wet kan de gedachte ontstaan dat dit verzoek tot verhoging wordt aangemerkt als een ‘nieuw’ verzoek, waardoor de betreffende aangeslotene weer achter in de rij staat. Goodman meent dat de ACM in het besluit en de toelichting daarbij aandacht hieraan had moeten besteden. Deze handelwijze creëert ruimte voor interpretatieverschillen en laat de uiteindelijke beslissing afhangen van de beoordeling van de netbeheerder. Artikel 1 EP laat dat niet toe.

Ten derde is wederom niet duidelijk op welke manier de aangeslotene voldoende aannemelijk kan maken dat de verzochte capaciteit nodig is, en welke bewijslast daarbij wordt gehanteerd (zoals welke termijn er geldt voor het aanleveren van een toereikende motivatie, welke bewijsstukken voor een prognose moeten worden aangeleverd, en op welke termijn de aangeslotenen dan recht heeft op het terugdraaien van de eerder doorgevoerde verlaging).

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 14 van 16

3.4 Onduidelijk welke partijen in aanmerking komen voor de uitzondering onder het voorgestelde artikel 7.18, zesde lid, onder c

Tot slot vraagt Goodman uw aandacht voor de uitzondering genoemd in het voorgestelde artikel 7.18, zesde lid, onder c. Hierin wordt de GOTORK-bevoegdheid uitgezonderd voor aansluitingen waarvoor geldt dat de aangeslotene kan aantonen dat een deel van het gecontracteerd transportvermogen slechts incidenteel en onverwacht kan worden aangesproken voor vanuit bedrijfsvoering of de technische veiligheid van de installatie onvermijdelijke en niet beïnvloedbare piekbelastingen.

Goodman betreurt dat nagelaten is in het ontwerpbesluit of de daarbij gegeven toelichting te duiden welke partijen onder welke omstandigheden op deze uitzondering een beroep kunnen doen. In de toelichting staat voor wat betreft het voorgestelde zesde lid alleen dat

“in lijn met congestiemanagement essentiële voorzieningen uitgezonderd worden van de toepassing van GOTORK. Toepassen van GOTORK kan er namelijk voor zorgen dat het functioneren van deze voorzieningen in gevaar komt. Deze uitzondering is vergelijkbaar met de bestaande uitzondering voor congestiemanagement.”¹⁰

Dit gebrek aan motivering is teleurstellend te meer omdat Goodman van oordeel is dat zij op deze uitzondering een beroep zou moeten kunnen doen.

Zij verzoekt de ACM dan ook deze, alsook de andere uitzonderingsgronden genoemd in het zesde lid, nader te motiveren zodat voor netbeheerders en marktpartijen geen twijfel bestaat over de beoogde toepassing hiervan.

4. CONCLUSIE

In het voorgaande heeft Goodman haar bezwaren uiteengezet tegen het nemen van het ontwerpbesluit. Zij is van oordeel dat het ontwerpbesluit (in haar huidige vorm) niet is te verenigen met het recht van eigendom, zoals dat is verankerd in artikel 1 EP.

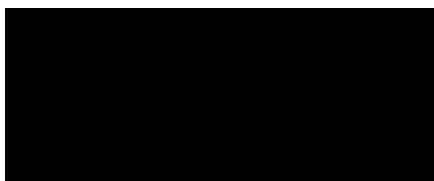
Hiernaast heeft Goodman haar overige bezwaren tegen het ontwerpbesluit onderbouwd. Goodman dringt er bij u op aan deze bezwaren te adresseren en op grond daarvan te besluiten om het besluit niet overeenkomstig het ontwerpbesluit door te zetten.

¹⁰ ACM, 'Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van [datum ondertekening], kenmerk definitieve besluit tot wijziging van de voorwaarden als bedoeld in artikel 31 van de Elektriciteitswet 1998 betreffende het verlagen van het gecontracteerd transportvermogen van aangeslotenen, randnummer 19.

DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 15 van 16

Uiteraard is Goodman steeds bereid om haar bezwaren tegen het ontwerpbesluit nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,



DATUM 7 december 2023
ONS KENMERK 329052
PAGINA 16 van 16

Bijlage 1 – Opsomming van entiteiten namens wie deze zienswijze eveneens is ingediend

Goodman Beryl Logistics (Netherlands) BV
Goodman Tiel Logistics (Netherlands) B.V.
Goodman Azurite Logistics B.V.
Goodman Lisa Logistics B.V.
Venray Logistics (Netherlands) B.V.
C€LOGIX Participation BV
Goodman Amber Logistics (Netherlands) B.V.
Eris Logistics B.V.
Goodman Venlo Logistics (Netherlands) B.V
Goodman Solar Logistics B.V.
Goodman Orchid Logistics (Netherlands) B.V.
Goodman Amsterdam Logistics B.V.
Goodman Alblasserdam Logistics (Netherlands) B.V.
Goodman Capricorn Logistics (Netherlands) B.V.
Goodman Libra Logistics (Netherlands) B.V.
Goodman Jane Logistics (Netherlands)
Goodman Aster Logistics (Netherlands)
Goodman Timon Logistics (Netherlands)
Goodman Bondi Logistics (Netherlands) BV