

Annotatie J.S. Kortmann onder HR 26 juni 2015, zaaknr. 14/00570, ECLI:NL:HR:2015:1750, *RvdW* 2015/801 (*Windpark/Delta*), tevens besproken door P. Memelink in *MvV* 2015, p. 336-342 (afl. 11) en I. Brinkman en L. Baljon in *NTE* 2016/8.

1. In 2005 verzocht eiseres tot cassatie Windpark voor een drietal windturbines op Noord-Beveland een aansluiting op het elektriciteitsnet. De lokale netbeheerder Delta, verweerster in cassatie, bracht daarvoor een offerte uit van circa € 3,2 miljoen. De (ongebruikelijke) hoogte van deze offerte verklaarde Delta door te stellen dat het dichtstbijzijnde punt waarop de aansluiting op een verantwoorde wijze kon geschieden, zich op meer dan 20 kilometer afstand van de windturbines bevond. Windpark meende echter dat het "dichtstbijzijnde punt" in de zin van artikel 27 lid 2 Elektriciteitswet 1998 veel dichterbij gelegen was. Windpark begon daarom een geschilprocedure bij de NMa (nu: ACM) op de voet van artikel 51 van de Elektriciteitswet. Nadat de raad van bestuur van de NMa haar klacht aanvankelijk ongegrond verklaarde, haalde Windpark in 2008 alsnog haar gelijk bij het CBB (ECLI:NL:CBB:2008:BG3834). Het CBB overwoog daartoe dat – kort gezegd – het 'kostenveroorzakingsbeginsel' niet van toepassing is op kleine windparken met een vermogen van minder dan 10 MVA, zoals de windturbines van Windpark. Saillant detail is dat dit oordeel door een latere uitspraak van het CBB uit 2013 inhoudelijk op losse schroeven kwam te staan (ECLI:NL:CBB:2013:BY9668, r.o. 6.6). In die uitspraak, gewezen tussen deels andere partijen, bracht het CBB 'enige nuancering' aan op de overweging die Delta in 2008 de das om had gedaan. Hoewel uitgangspunt is dat de netbeheerder een aansluiting op het "dichtstbijzijnde punt" moet aanbieden, betekent dat niet dat hij moet uitgaan van een punt in het net dat vanuit technisch oogpunt per definitie niet geschikt is om de gevraagde aansluiting op te realiseren, aldus het CBB. Deze belangrijke nuancering kwam voor Delta te laat. Al in 2009 had de raad van bestuur van de NMa, in navolging van de eerdere uitspraak van het CBB op het beroep van Windpark, de klacht van Windpark alsnog gegrond verklaard. Tegen dat besluit stelde Delta destijds geen beroep in. Zij zond Windpark vrijwel per omgaande een aangepaste offerte op basis van het lagere tarief.

2. Intussen had Windpark zich evenwel genoodzaakt gezien om een alternatieve aansluiting te realiseren via een particulier net. De meerkosten die zij in verband met die alternatieve aansluiting had moeten maken, vorderde zij als schade van Delta in een civiele dagvaardingsprocedure. De rechtbank Middelburg wees de vordering toe. Het vonnis van de rechtbank werd in hoger beroep echter vernietigd door het gerechtshof 's-Hertogenbosch, bij arrest van 10 december 2013 (waarvan cassatie). Anders dan de rechtbank meende het hof dat de uitspraak van het CBB uit 2008 en het daarop volgende besluit van de NMa van 2009 geen uitsluitel gaven over de onrechtmatigheid van de gedragingen van Delta. Het enkele gegeven dat de NMa de klacht van Windpark uiteindelijk gegrond verklaarde en bepaalde dat Delta alsnog een offerte op basis van het lagere tarief moest uitbrengen, impliceerde volgens het hof niet dat Delta eerder anders had behoren te offeren. Ook overigens viel Delta niets te verwijten. Zij had zich steeds geconformeerd aan het bestendige beleid van de NMa. Dat dat beleid door het CBB zou worden beoordeeld als strijdig met de wet, was voor Delta onvoorzien en onvoorzienbaar. In het licht van de latere, door het CBB zelf in haar uitspraak van 2013 aangebrachte nuancering, moet de aanvankelijke, hogere offerte van Delta bovendien naar huidige inzichten (alsnog) correct worden geacht. Dat maakt dat Delta niet onrechtmatig heeft gehandeld, aldus nog steeds het hof. Ten overvloede voegde het hof daar aan toe dat Delta zich in zijn ogen met succes kon beroepen op een schulditsluitingsgrond in de vorm van verschoonbare rechtsdwaling, zodat een onjuiste wetsuitleg niet aan haar toerekenbaar was.

3. Het oordeel van het hof houdt in cassatie echter geen stand. Zowel op het punt van de onrechtmatigheid als de toerekenbaarheid oordeelt de Hoge Raad anders dan het hof.
4. Ten aanzien van de onrechtmatigheid overweegt de Hoge Raad dat het hof, door te oordelen dat het besluit van de NMa van 2009 geen uitsluitend geeft over het (on)rechtmatige karakter van de gedragingen van Delta, de aard van de procedure van artikel 51 Elektriciteitswet heeft miskend. De Hoge Raad benadrukt hierbij vooral het karakter van geschilbeslechting van deze procedure. Hij spreekt in zijn arrest vrijwel steeds van de 'beslissing' – soms ook de 'uitspraak' of het 'oordeel' – van de NMa op de klacht van Windpark (wat er uiteraard niet aan af doet dat deze beslissing als een 'besluit' in de zin van de Awb wordt aangemerkt). Uit zowel de beslissing zelf als de motivering daarvan volgt 'onmiskendbaar', aldus de Hoge Raad, dat de aanvankelijke offerte van Delta naar het oordeel van de NMa in strijd was met de Elektriciteitswet. Met het onherroepelijk worden van die beslissing kwam tussen Windpark en Delta bindend vast te staan dat Delta in strijd met de wet en dus onrechtmatig had gehandeld. Daarbij zij aangetekend dat waar A-G Langemeijer in zijn conclusie (ook) spreekt van de 'formele rechtskracht' van het 'besluit' van de NMa van 2009, de Hoge Raad het uitsluitend heeft over de 'bindende kracht' van de beslissing van de NMa 'voor Delta in haar verhouding tot Windpark' (r.o. 3.5.2 en 3.5.3). Ook dat onderstreept dat het de Hoge Raad vooral te doen is om het karakter van de procedure van artikel 51 Elektriciteitswet. Het gaat simpelweg niet aan dat partijen voor de civiele rechter opnieuw zouden kunnen strijden over een punt dat in de geschilprocedure reeds is beoordeeld. 'Een andere opvatting zou afbreuk doen aan het stelsel van bindende geschilbeslechting dat op grond van art. 51 Elektriciteitswet 1998 geldt' (r.o. 3.6). Vgl. voor het belang van het onderscheid tussen enerzijds de 'bindende kracht' van uitspraken in de bestuursrechtelijke rechtsgang en anderzijds de 'formele rechtskracht' van besluiten reeds Bloembergen in zijn annotaties onder HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2249, *NJ* 1998/656 (*Stichting Miljoenen Zijn Tegen/Covra*) en HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2910, *NJ* 1999/508 (*Staat/ Transol Olieproducten Nederland*) en Scheltema in zijn noot onder HR 27 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1378, *NJ* 1997/158 (*Sprangers/Staat*) .
5. Ook de toerekenbaarheid beoordeelt de Hoge Raad anders dan het hof. Windpark meende dat voor Delta, net als voor bestuursorganen, de regel moet gelden dat in geval van vernietiging van een besluit door de bestuursrechter niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de toerekenbaarheid in beginsel gegeven is. Daarin gaat de Hoge Raad niet mee. Delta is geen bestuursorgaan en kan daarmee ook niet gelijkgesteld worden. Het door Windpark gewraakte handelen van Delta betreft bovendien niet het nemen van een besluit, maar het uitbrengen van een offerte. De in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde regel – zie HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, *NJ* 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Gog/Nederweert*) – is daarop niet van toepassing (r.o. 3.7.2). Delta is daarmee uiteindelijk niet geholpen. Krachtens de verkeersopvattingen komt een onjuiste uitleg van de Elektriciteitswet alsnog voor rekening van Delta, aldus de Hoge Raad. Delta neemt immers op grond van de wet een monopoliepositie in als netbeheerder in de provincie Zeeland. Zij moet haar taken en bevoegdheden uitoefenen met inachtneming van de regels van de Elektriciteitswet, 'welke regels mede strekken ter bescherming van afnemers als Windpark' (r.o. 3.8.2). Tegen die achtergrond is niet verwonderlijk dat de Hoge Raad oordeelt dat een verkeerde uitleg van de Elektriciteitswet door Delta in haar verhouding tot Windpark voor rekening van de netbeheerder moet blijven. Vervolgens haalt de Hoge Raad echter ook in het kader van de toerekeningsvraag het karakter van de bindende geschilbeslechting van artikel 51 Elektriciteitswet

van stal. De beslissing van de NMa stelt niet alleen de onrechtmatigheid vast, maar moet 'ook bepalend worden geacht voor de toerekenbaarheid van de (door de NMa in strijd met de Elektriciteitswet 1998 geoordeelde) handeling van Delta'. 'Een andere opvatting zou afbreuk doen aan de hiervoor bedoelde rechtsbescherming van Windpark tegenover Delta, omdat dan hogere kosten van aansluiting voor rekening van Windpark zouden blijven dan op grond van het bindende geschilbesluit van de NMa gerechtvaardigd is', aldus de Hoge Raad (r.o. 3.8.2). Ik moet bekennen dat ik dit gedeelte van de overwegingen van de Hoge Raad niet goed kan volgen. In de geschilprocedure lag de vraag naar de toerekenbaarheid van een onjuiste wetsuitleg niet voor. De oordelen van het CBb en de NMa bevatten ook geen aanknopingspunten voor toerekening van de verkeerde wetsuitleg aan Delta. Waarom die oordelen dan toch 'bepalend' zouden zijn voor de kwestie van de toerekenbaarheid, is mij niet duidelijk. Kennelijk meent de Hoge Raad dat het voor de 'rechtsbescherming van Windpark' onvoldoende is dat haar klacht gegrond is verklaard en Windpark alsnog de gewenste aansluiting heeft gekregen. Zij moet ook haar meerkosten op Delta kunnen afwentelen.

6. Rest ten slotte de vraag in welke omstandigheden een onjuiste wetsuitleg *niet* wordt toegerekend aan de dwalende partij. Betreft het een bestuursbesluit dat wegens strijd met de wet wordt vernietigd, dan bestaat er geen uitzondering op de regel dat de toerekening gegeven is. In de verhouding tussen overheid en burger komt krachtens verkeersopvattingen de onjuiste wetsuitleg steeds voor rekening van de overheid. Zie HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2588, *NJ* 1998/526, m.nt. A.R. Bloembergen (*EGD/Gaswacht Assen*) en 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3879, *NJ* 2000/88, m.nt. A.R. Bloembergen (*Castricum/Fatels*). Gaat het daarentegen om een wet in formele zin die strijdig is met een hogere regeling, dan laat een recent arrest van de Hoge Raad nog ruimte voor een uitzondering op het uitgangspunt van toerekenbaarheid. Zie HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, *NJ* 2016/166, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/Habing*), r.o. 3.5.2, waar de Hoge Raad de bedoelde regel van toepassing acht in geval van strijdigheid met rechtstreeks werkend internationaal recht of met de verplichting tot implementatie van een Europese richtlijn, maar daarbij benadrukt dat de Staat de mogelijkheid heeft om 'feiten en omstandigheden te stellen die in het voorliggende geval een uitzondering op het in dat arrest genoemde beginsel rechtvaardigen'. Het praktische belang van deze uitzonderingsmogelijkheid moet mijns inziens niet worden overschat. Het hier besproken arrest illustreert dat ook buiten het terrein van de overheidsaansprakelijkheid rechtsdwaling doorgaans voor risico van de dwalende blijft. De Hoge Raad laat de onjuiste wetsuitleg voor rekening van Delta, ondanks dat zij een private partij is die verrast werd door een onvoorzienbare wetsuitleg, welke uitleg later bovendien door het CBb zelf op een voor Delta cruciaal punt 'genuanceerd' werd. Als zelfs in die omstandigheden de 'verkeersopvattingen' tot toerekening dwingen, zijn moeilijk omstandigheden voorstelbaar waarin de overheid met succes zou kunnen betogen dat een onjuiste uitleg van het internationale recht niet voor haar rekening komt.