

University of Groningen

Contractuele posities bij peer-to-peer-handel in elektriciteit

Kalisvaart, Sjoerd

Published in:

SEW: Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2023

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Kalisvaart, S. (2023). Contractuele posities bij peer-to-peer-handel in elektriciteit. *SEW: Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht*, 2023(6), 258-268. Artikel 93.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Contractuele posities bij peer-to-peer-handel in elektriciteit

93

S.T. Kalisvaart*

De levering van elektriciteit aan eindafnemers door leveranciers wordt beheerst door strenge consumentenbeschermingsregels van (Europees) energierecht en consumentenrecht.

Binnen peer-to-peer-handel (p2p-handel) kunnen eindafnemers in de toekomst ook elektriciteit verhandelen met elkaar, eventueel via een derde. Deze bijdrage legt de gebreken bloot van de voorgestelde regeling onder de ontwerp-Energiewet en illustreert de spanning tussen de genoemde beschermingsregelingen en p2p-handel.

I. Inleiding

De levering van elektriciteit aan particuliere eindafnemers van elektriciteit vindt plaats binnen een overzichtelijke rechtsverhouding.¹ Een professionele partij (de leverancier) levert een 'product'² (electriciteit) aan een consument (een particuliere eindafnemer). Deze rechtsverhouding wordt volledig beheerst door het Europese energierecht en consumentencontractenrecht, in Nederland omgezet in de Elektriciteitswet (E-wet) respectievelijk bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW). Van de particuliere eindafnemer wordt aangenomen dat hij de (economisch) zwakkere partij is ten opzichte van zijn leverancier en dus dat ingrijpen van de wetgever nodig is om de contractuele balans te herstellen.³ Mede vanuit deze gedachte heeft zich rond de energieleveringsovereenkomst een uitgebreid wettelijk kader gevormd dat leveranciers onderwerpt aan gedragstoezicht (in de vorm van de leveringsvergunning), informatie- en zorgplichten oplegt aan de leveranciers en verschillende (consumenten)rechten toekent aan (particuliere) eindafnemers. De toepasselijkheid van de energierechtelijke regels is afhankelijk van het antwoord op de vraag of een eindaf-

nemer een kleine aansluiting heeft (minder dan 3*80 ampère); de toepasselijkheid van de consumentenrechtelijke regels is afhankelijk van het antwoord op de vraag of er een verticale rechtsverhouding (*business-to-consumer*; b2c) is tussen een 'handelaar' en een 'consument'.⁴ In de praktijk is de toepasselijkheid van beide normensystemen echter geborgd door het genoemde verticale karakter van de energieleveringstransactie. Richtlijn (EU) 2018/2001 (de Hernieuwbare Energierichtlijn) verplicht de lidstaten evenwel om het verhandelen van elektriciteit in een horizontale setting (dat wil zeggen tussen eindafnemers) mogelijk te maken, bijvoorbeeld binnen *peer-to-peer*-handel (p2p-handel).⁵ In dat geval levert een particuliere partij (de actieve afnemer) een zaak (electriciteit) aan een andere particuliere partij (een eindafnemer), al dan niet met tussenkomst van een derde partij die bij de transactie bemiddelt (een p2p-handelaar). Naast de traditionele verticale leveringsverhouding, zal de elektriciteitsmarkt in de toekomst dus ook horizontale en driehoeksverhoudingen kennen, waarvan de inpassing in de bestaande beschermingsregelingen niet op voorhand duidelijk is. Het vernieuwende karakter van p2p-handel legt aldus mogelijke spanning tussen verschillende (Europeesrechtelijke) beschermingsregelingen bloot. In deze bijdrage stel ik de vraag hoe 'p2p-handel' contractueel vorm kan worden gegeven en worden ingepast in de sectorale en generieke regelingen ter bescherming van de particuliere eindafnemer. Hierbij gaat bijzondere aandacht uit naar (digitale) p2p-handelsplatformen. Ik duid allereerst de juridische figuur van p2p-handel (paragraaf 2). Vervolgens plaats ik de verschillende partijen die bij p2p-handel betrokken (kunnen) zijn binnen het consumentencontractenrecht en het sectorale energierecht (paragraaf 3). Daarna bespreek ik de specifieke rechtsposities bij p2p-handel via een derde partij, onder meer in het licht van de verbintenissenrechtelijke regels rond bemiddeling (paragraaf 4). Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 5).

* Mr. Sjoerd Kalisvaart is promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 28982, nr. 5.

2 Er bestaat discussie over de vraag of electriciteit een zaak of een vermogensrecht is. Aangenomen wordt dat electriciteit een vermogensrecht is, omdat een recht wordt verkocht om een bepaalde hoeveelheid stroom van het elektriciteitssysteem te onttrekken, vgl. J.W. Bitter, 'Gas, electriciteit en eigendom', in: F.M.J. Verstijlen e.a. (red.), *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Energierecht: Energie en eigendom*, Cambridge: Intersentia 2011, p. 107-110; S. Nierop, 'Het zonnepaneel belicht – de ontwikkeling van een juridisch kader', *NTE* 2012, afl. 4, p. 167-168.

3 Vgl. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, punten 41-42 (*RWE Vertrieb*); overwegingen 30-31 van Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor electriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (*PbEU* 2019, L 158/125) (hierna: Elektriciteitsrichtlijn).

4 Artikel 95a lid 1 E-wet. Vgl. artikel 6:193a lid 1 onder a en b BW.

5 Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking) (*PbEU* 2018, L 328/82) (hierna: Hernieuwbare Energierichtlijn).

2. De wettelijke regeling van p2p-handel

P2P-handel voorziet eindafnemers in theorie van energielevering tegen (gunstigere) prijzen van duurzaam opgewekte elektriciteit en actieve afnemers van meer autonomie over de verkoop van zelfgeproduceerde elektriciteit tegen een betere vergoeding.⁶ De figuur van p2p-handel is ontleend aan de Hernieuwbare Energierichtlijn. p2p-handel kan worden gezien als '[de] levering van hernieuwbare elektriciteit die is geproduceerd door een actieve afnemer, onder vooraf bepaalde voorwaarden voor de automatische uitvoering en afwikkeling van die levering, rechtstreeks of via de marktdeelnemer die de automatische uitvoering en afwikkeling realiseert'.⁷ De figuur van p2p-handel betreft hoofdzakelijk een administratieve handeling, waarbij het invoeden⁸ van elektriciteit op het elektriciteitssysteem door de ene *peer* in overeenstemming wordt gebracht met het onttrekken van elektriciteit aan het elektriciteitssysteem door een andere *peer*.⁹ Deze *peer* is niet per definitie in energierechtelijke en consumentenrechtelijke zin identiek aan zijn wederpartij. Met het begrip wordt bedoeld op een partij die in dezelfde schakel van de elektriciteitsmarkt actief is: een eindafnemer handelt met een andere eindafnemer.¹⁰

De Hernieuwbare Energierichtlijn verplicht de lidstaten om te voorzien in een wettelijk kader dat p2p-handel faciliteert, zonder actieve afnemers en eindafnemers hierbij te onderwerpen aan discriminerende of onevenredige procedures en tarieven.¹¹ Met de ontwerp-Energiewet wordt beoogd een dergelijk kader ook in Nederland te implementeren.¹² Andere lidstaten, waaronder België (en specifiek het gewest Vlaanderen¹³), lopen op dit punt voor op de Nederlandse wetgever.¹⁴

2.1. De definitie van p2p-handel

De ontwerp-Energiewet hanteert dezelfde definitie van p2p-handel als de Hernieuwbare Energierichtlijn. Deze definitie valt in verschillende onderdelen uiteen. Allereerst geldt dat sprake moet zijn van de 'levering' van elektriciteit door een actieve afnemer, dat wil zeggen door een eindafnemer van elektriciteit die zelf elektriciteit produceert.¹⁵ Aangezien 'levering' is gedefinieerd als 'verkoop, wederverkoop daaronder begrepen, van elektriciteit aan afnemers', dient deze levering verricht te zijn aan een eindafnemer, dus niet aan een (groot)handelaar of een leverancier. Deze eindafnemer kan een particuliere partij zijn, maar ook een professionele partij. Zodoende kan de levering van elektriciteit binnen een *consumer-to-consumer* (c2c)-, *consumer-to-business* (c2b)-, *business-to-consumer* (b2c)-, of *business-to-business* (b2b)-setting plaatsvinden, afhankelijk van de bij de transactie betrokken partijen.

Voorts geldt dat p2p-handel uitsluitend plaats mag vinden onder gebruikmaking van een vooraf gesloten overeenkomst die de automatische uitvoering en afwikkeling van de transactie zonder tussenkomst van de betrokken partijen realiseert. Dergelijke overeenkomsten worden in de literatuur – afhankelijk van de vorm – wel '*smart contracts*' of 'zelfexecuterende overeenkomsten' genoemd.¹⁶ De definitie van p2p-handel maakt evenwel niet duidelijk in welke mate de p2p-transactie geautomatiseerd dient te worden. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de selectie van de wederpartij, c.q. de keuze tot het aangaan van een individuele transactie, tot het handelingsperspectief van de actieve afnemer behoort (*user-guided energy trading*) of dat het contract aan de hand van een lijst met geformuleerde criteria zelf de wederpartij, c.q. uit te voeren transacties, selecteert (*auction energy trading*).¹⁷

Tot slot geldt dat p2p-handel rechtstreeks of gefaciliteerd kan plaatsvinden (zogenoeten *community-managed p2p-trading*). In geval van rechtstreekse p2p-handel sluiten

6 Zie overwegingen 39 en 43-47 Elektriciteitsrichtlijn en overwegingen 65-72 Hernieuwbare Energierichtlijn, alsook ontwerp-MvT Energiewet, p. 9, 18 en 25-26.

7 Artikel 2 onder 18 eerste zin Hernieuwbare Energierichtlijn.

8 Opgewekte elektriciteit die niet wordt verbruikt, stroomt via de aansluiting het net op; dit noemt men doorgaans 'invoeden' of 'injectie'.

9 H. van Soest, 'Peer-to-peer electricity trading: A review of the legal context', *Competition and Regulation in Network Industries* (19) 2018, afl. 3/4, p. 180-199, i.h.b. p. 182 (hierna: Van Soest 2018); S.A.C.M. Lavrijssen & A.C. Parra, 'Radical Prosumer Innovations in the Electricity Sector and the Impact on Prosumer Regulation', *Sustainability* (9) 2017/1207, afl. 7, p. 7-8; L. de Almeida, e.a., *Peer-to-Peer Trading and Energy Community in the Electricity Market: Analysing the Literature on Law and Regulation and Looking Ahead to Future Challenges*, april 2021, p. 4, beschikbaar via: <https://library.wur.nl/WebQuery/wurpubs/fulltext/558791>.

10 Vgl. T. Sousa e.a., 'Peer-to-peer and community-based markets: A comprehensive review', *Renewable and Sustainable Energy Reviews* (104) 2019, p. 368 (hierna: Sousa e.a. 2019).

11 Artikel 21 lid 2 onder a Hernieuwbare Energierichtlijn.

12 De huidige conceptteksten van de Energiewet zijn raadpleegbaar via: <https://wetgevingskalender.overheid.nl/regeling/WGK010483>. Hoewel de Raad van State recent een kritisch rapport uitbracht op het wetsvoorstel, zal de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/2001 waarschijnlijk onverminderd doorgang vinden.

13 De Vlaamse regeling verschilt op verschillende punten van de ontwerp-Energiewet, bijvoorbeeld door de benadering van P2P-levering binnen respectievelijk buiten de onbalansperiode en het gehanteerde verschil tussen 'enkelvoudige' en 'meervoudige' P2P-handel, zie artikel 4.4.2 jo. 7.2.2 leden 1 en 2 Energiedecreet en het Protocol inzake energiedelen en peer-to-peerhandel van groene stroom, p. 4 en 8-10, beschikbaar via: <https://www.vreg.be/nl/document/besl-2022-207>. Vgl. S. Vanhove, 'Het Clean Energy-pakket in de drie Belgische gewesten: een eerste analyse', *Milieu- en Energierecht* 2021, afl. 2, p. 105-118, randnr. 20-21.

14 Vgl. B. Fina & C. Monsberger, 'Legislation for renewable energy communities in Austria: changes from the legislative draft to the finally enacted law', *Journal of World Energy Law and Business* (15) 2022, afl. 4, p. 237-239.

15 Vgl. artikel 2 onder 8 Elektriciteitsrichtlijn.

16 Vgl. W. Tushar e.a., 'Peer-to-Peer Trading in Electricity Networks: An Overview', *IEEE Transactions on Smart Grid* 2020/11, afl. 4, p. 3188-3189; Sousa e.a. 2019, p. 369-372.

17 Vgl. S.M. Gutiérrez e.a., 'Energy Trading between Prosumers Based on Blockchain Technology', *Lecture Notes in Networks and Systems* 2022, afl. 320, p. 27-28.

de actieve afnemer en de eindafnemer van elektriciteit direct een energieleveringsovereenkomst met elkaar.¹⁸ In geval van gefaciliteerde p2p-handel sluit de actieve afnemer een ‘terugleveringsovereenkomst inzake p2p-handel’ (p2p-terugleveringsovereenkomst) met een marktdeelnemer die ‘faciliteert in p2p-handel’ (de p2p-handelaar), die op zijn beurt een ‘leveringsovereenkomst inzake p2p-handel’ (p2p-leveringsovereenkomst) sluit met de desbetreffende eindafnemer.¹⁹ Rechtstreekse p2p-handel betreft dus altijd een overzichtelijke rechtsverhouding, met twee partijen, waar gefaciliteerde p2p-handel verschillende vormen aan kan nemen.

2.2. P2P-handel als subcategorie van levering

P2P-handel lijkt in beide verschijningsvormen sterk op conventionele levering door een leverancier binnen een energieleveringsovereenkomst. Ook p2p-handel loopt namelijk via het publieke elektriciteitssysteem en vindt aldus plaats binnen een strak keurslijf. Dit keurslijf is gebaseerd op een aantal centrale verplichtingen.

Als uitgangspunt geldt dat een eindafnemer voor zijn volledige elektriciteitsbehoefte in beginsel slechts één leverancier kan contracteren, tenzij hij achter zijn elektriciteitskast verschillende stroomgroepen maakt en gebruikmaakt van de regeling inzake meerdere leveranciers op één aansluiting (MLOEA).²⁰ Aangezien het naar huidig recht niet mogelijk is om het elektriciteitsverbruik ten behoeve van een woning op te splitsen in verschillende stroomgroepen en te laten voorzien door verschillende leveranciers, sta ik hier verder niet bij stil. Of de ontwerp-Energiewet hier wijzigingen in aanbrengt, is nog onduidelijk.²¹ De eindafnemer wordt dus geacht voor zijn *volle* elektrische behoeftte ten behoeve van zijn woning slechts één leverancier te kunnen contracteren.

Een gecontracteerde leverancier is gehouden aan het beginsel van universele dienstverlening: eindafnemers hebben op hun aansluiting het recht op (doorlopende) levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen concurrerende, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare, doorzichtige en niet-discriminerende prijzen op hun grondgebied.²² Dit betekent dat de volledige elektriciteitsbehoefte van een eindafnemer, dat wil zeggen de totale som van door die eindafnemer aan het elektriciteitssys-

teem onttrokken elektriciteit, op het (administratieve) conto komt van de leverancier. Belangrijk is dat het beginsel van universele dienstverlening enkel geldt richting eindafnemers van elektriciteit met een aansluiting van minder dan 3*80 ampère (kleinverbruikers).²³ Dit zijn in de praktijk huishoudens, zzp'ers, kleine ondernemingen en verenigingen.²⁴ Voor de toepasselijkheid van de energierechtelijke regels is enkel de objectieve grootte van de aansluiting van belang. Ik sta in deze bijdrage niet verder stil bij andere eindafnemers dan kleinverbruikers. Aan het beginsel van universele dienstverlening is de zogeheten balanceringsverantwoordelijkheid gekoppeld: alle marktdeelnemers (leveranciers én actieve afnemers²⁵) zijn (financieel) verantwoordelijk voor de onbalans die zij in het systeem veroorzaken, tenzij zij hun balansverantwoordelijkheid door middel van een overeenkomst hebben overgedragen aan een balansverantwoordelijke partij (*balance responsible party*; BRP), in de regel de gecontracteerde leverancier.²⁶ Dit betekent – voor zover relevant – niets anders dan dat voor iedere aan het elektriciteitssysteem door een eindafnemer onttrokken kilowattuur (kWh) elektriciteit een gelijke hoeveelheid elektriciteit op het elektriciteitssysteem moet worden ingevoerd door de desbetreffende marktdeelnemer. Als de marktdeelnemer hierin tekortschiet, wordt deze onbalans opgelost door de netbeheerder en worden de kosten hiervan aan hem doorberekend. Deze verplichting rust steeds op de leverende partij, ongeacht of dit een natuurlijke of een rechtspersoon is.

Om te kunnen voldoen aan vorengenoemde verplichtingen, zal in de regel een hybride aanbod worden geleverd. Dat aanbod bestaat voor een belangrijk deel uit door actieve afnemers geproduceerde elektriciteit en voor een ander deel uit elektriciteit uit conventionele bronnen, zoals een elektriciteitscentrale of een windpark.²⁷ Dit is nodig, nu het elektriciteitsaanbod van actieve afnemers overdag en in de zomer groter zal zijn dan gedurende de nacht en de winter, terwijl voor de elektriciteitsbehoefte van eindafnemers het omgekeerde geldt. p2p-handel is dus identiek aan reguliere levering, met als enig verschil de precieze opbouw van het elektriciteitsaanbod en de hoedanigheid van de leverende partij.

In de ontwerp-Energiewet wordt evenwel een duidelijk onderscheid gehanteerd. p2p-handel betreft enkel de

18 Artikel 1.1 jo. 2.7 lid 1 ontwerp-Energiewet.

19 Artikel 1.1 jo. 2.7 lid 2 jo. 2.33 lid 2 ontwerp-Energiewet.

20 Artikel 2.4 lid 3 jo. 2.5 Netcode Elektriciteit.

21 Artikel 2.3 lid 1 jo. 3.44 lid 3 ontwerp-Energiewet benoemt enkel het recht van de eindafnemer op MLOEA zonder daaraan nadere voorwaarden te verbinden. Aangezien de huidige voorwaarden in de Netcode Elektriciteit staan, lijken de voorwaarden voor MLOEA aldus niet gewijzigd te worden.

22 Artikel 27 lid 1 Elektriciteitsrichtlijn en artikel 95b lid 1 E-wet.

23 Artikel 95a jo. 95b lid 1 E-wet.

24 Vgl. <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/koopkracht/plannen-kabinet-met-prijsplafond-voor-gas-en-energie#anker-2-kleinverbruikers-vallen-onder-het-prijsplafond>.

25 Beiden zijn ‘marktdeelnemers’, zie: artikel 2 onder 25 van Verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende de interne markt voor elektriciteit (herschikking) (*PbEU* 2019, L 158/54) (hierna: Verordening (EU) 2019/943) jo. artikel 2 lid 10 Elektriciteitsrichtlijn.

26 Een onbalans ontstaat wanneer de hoeveelheid aan het net onttrokken elektriciteit en de hoeveelheid op het net ingevoede elektriciteit ongelijk is. De onbalans dient door de landelijk netbeheerder elke vijftien minuten te worden verrekend, zie artikel 53 lid 1 van Verordening (EU) 2017/2195 van de Commissie van 23 november 2017 tot vaststelling van richtsnoeren voor elektriciteitsbalancerings (*PbEU* 2017, L 312/6) (hierna: Verordening (EU) 2017/2195). De kosten hiervan worden verhaald op de verantwoordelijke marktdeelnemers, zie artikel 45 Verordening (EU) 2017/2195 jo. artikel 5 lid 1 Verordening (EU) 2019/943, alsook de onbalansprijsystematiek van landelijk netbeheerder TenneT, beschikbaar via: <https://tennet-drupal.s3.eu-central-1.amazonaws.com/default/2022-06/Onbalansprijsystematiek.pdf>.

27 Ontwerp-MvT Energiewet, p. 40-41.

levering van door actieve afnemers geproduceerde elektriciteit, al dan niet rechtstreeks door de producerende actieve afnemer geleverd dan wel via een p2p-handelaar 'doorgeleverd'. Zo geldt dat de hoeveelheid elektriciteit die door een p2p-handelaar op grond van door hem gesloten p2p-leveringsovereenkomsten wordt geleverd aan eindafnemers over de periode van een jaar niet groter mag zijn dan de hoeveelheid elektriciteit die op grond van door hem gesloten p2p-leveringsovereenkomsten in dat jaar wordt teruggeleverd door actieve afnemers.²⁸ Een dergelijke regel is bovendien opgenomen in relatie tot de vrijstelling voor actieve afnemers van de nader te behandelen leveringsvergunning voor de levering aan kleinverbruikers.²⁹

2.3. Consumentenbescherming bij p2p-handel

In aanvulling op vorengenoemde regels met een sterk netbeheergerelateerd karakter, bevat de ontwerp-Energiewet in navolging van Richtlijn (EU) 2019/944 (de Elektriciteitsrichtlijn) enige (noodzakelijk geachte) consumentenbeschermende regels, zowel ten aanzien van de levering van elektriciteit (Afdeling 2.2 van de ontwerp-Energiewet), als ten aanzien van de teruglevering van elektriciteit (Afdeling 2.3 van de ontwerp-Energiewet).³⁰ Deze regels gelden in beginsel voor alle kleinverbruikers, maar op punten wordt aanvullende bescherming geboden aan huishoudelijke kleinverbruikers en zogeheten 'micro-ondernemingen' (kleinzakelijke partijen met minder dan tien werknemers en een jaaromzet of een jaarlijks balanstotaal van ten hoogste € 2 miljoen) en daarmee gelijkgestelde organisaties.³¹ Waar de kleinverbruiker tevens een 'consument' is – en zijn wederpartij een 'handelaar' – gelden bovendien de regels van het consumentencontractenrecht, in het bijzonder Richtlijn 93/13/EEG (de Richtlijn OB) en Richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn OHP).³² Ik sta hierna stil bij de regels van de ontwerp-Energiewet. In de genoemde Afdeling 2.2 staat de verplichting van leveranciers centraal om aan eindafnemers te leveren tegen transparante en redelijke prijzen en voorwaarden.³³ Rond het 'faciliteren in p2p-handel' is bepaald dat dit tegen transparante en redelijke kosten en voorwaarden dient plaats te vinden.³⁴ De genoemde zorgplichten zijn op punten nader uitgewerkt, onder meer rond facturering (in relatie tot alle eindafnemers), alsook rond opwekkingsgegevens en opzegging (enkel in relatie tot huishoudelijke

eindafnemers en zogeheten 'micro-ondernemingen').³⁵ Vorengenoemde verplichtingen worden aangevuld met verschillende (precontractuele) informatieplichten, die in relatie tot huishoudelijke eindafnemers en micro-ondernemingen gepaard gaan met een bijkomstig vernietigingsrecht bij schending van deze informatieplichten.³⁶ Verder zijn leveranciers en p2p-handelaren gehouden om een transparante, kosteloze en eenvoudige interne klachtenprocedure te bieden aan eindafnemers.³⁷ Tot slot stelt artikel 2.19 ontwerp-Energiewet een vergunning (de leveringsvergunning) verplicht voor de levering aan kleinverbruikers, zowel voor 'levering' als voor p2p-handel.³⁸ Ook het faciliteren in p2p-handel is expliciet vergunningplichtig gemaakt.

Voor de teruglevering van elektriciteit gelden in Afdeling 2.3 grotendeels soortgelijke zorg- en informatieplichten, onder meer rond precontractuele informatieverstrekking, overstappen, opzegvergoedingen en facturering, alsook de afhandeling van klachten.³⁹ Een zorgplicht om tegen transparante en redelijke prijzen respectievelijk kosten en voorwaarden zorg te dragen voor teruglevering ontbreekt evenwel. Over de redelijkheid van de gehanteerde algemene voorwaarden rond teruglevering zijn bovendien geen regels opgenomen.

3. De (consument-)leverancier, de p2p-handelaar en de (consument-)kleinverbruiker

De toepasselijkheid van de behandelde beschermingsregels is afhankelijk van de precieze wederzijdse kwalificatie van de bij p2p-handel betrokken partijen, zowel binnen de ontwerp-Energiewet als binnen het consumentencontractenrecht. Ik bespreek achtereenvolgens de juridische kwalificatie van: (1) de eindafnemer die elektriciteit koopt, (2) de actieve afnemer die elektriciteit verkoopt en (3) de p2p-handelaar die dienstig is bij p2p-transacties.

3.1. De eindafnemer

De rechtspositie van de eindafnemer bij p2p-handel is relatief eenvoudig vast te stellen. De toepasselijkheid van de sectorale beschermingsregels is namelijk hoofdzakelijk afhankelijk van de grootte van de (objectieve) aansluiting

²⁸ Artikel 2.6 lid 4 ontwerp-Energiewet.

²⁹ Artikel 2.19 lid 2 onder a ontwerp-Energiewet.

³⁰ Vgl. overweging 30 Elektriciteitsrichtlijn.

³¹ Artikel 1.5 lid 1 onder a ontwerp-Energiewet.

³² Dit betreft in het bijzonder artikel 10 Elektriciteitsrichtlijn. Zie bijvoorbeeld artikel 5 van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 95/29), alsook de indicatieve blauwe lijst in de bijlage van de richtlijn; zie ook artikel 6 en 7 van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU* 2005, L 149/22), alsook verschillende onderdelen van Bijlage 1 bij die richtlijn.

³³ Artikel 2.6 lid 1 ontwerp-Energiewet.

³⁴ Artikel 2.6 lid 3 ontwerp-Energiewet.

³⁵ Artikel 2.8 lid 1, 2.15, 2.16, 2.17 en 2.18 ontwerp-Energiewet.

³⁶ Artikel 2.7 leden 3 en 4 jo. 2.11 ontwerp-Energiewet.

³⁷ Artikel 2.9 lid 1 ontwerp-Energiewet.

³⁸ Artikel 1.1 jo. 2.19 lid 1 ontwerp-Energiewet.

³⁹ Artikel 2.33 lid 4 ontwerp-Energiewet.

van de eindafnemer en slechts in beperkte mate van de (subjectieve) hoedanigheid van de eindafnemer. Kleinverbruikers, en specifiek huishoudelijke eindafnemers en micro-ondernemingen, worden vergaand beschermd; andere eindafnemers nauwelijks.

Voor de beoordeling of een kleinverbruiker bij het sluiten van een energieleveringsovereenkomst een ‘consument’ is, wordt in beginsel aangesloten bij het verbruiksdoel van de eindafnemer.⁴⁰ Is het verbruiksdoel particulier, dan geldt de eindafnemer als consument; is het verbruiksdoel zakelijk, dan is de eindafnemer niet aan te merken als consument. Niet valt in te zien waarom dit beoordelingscriterium anders zou zijn bij de beoordeling van de p2p-leveringsovereenkomst. Specifiek in de context van p2p-handel betekent de kwalificatie van de kleinverbruiker als ‘consument’ overigens nog niet dat het consumentencontractenrecht daadwerkelijk op de rechtsverhouding van toepassing is. Voor de toepasselijkheid van deze regels is immers steeds een verticale rechtsverhouding (een b2c-verhouding) nodig.

3.2. De actieve afnemer

Een actieve afnemer is altijd een eindafnemer. Waar hij een kleinverbruiker is, beschikt hij in beginsel bij de afname van elektriciteit voor eigen verbruik over de bescherming die aan kleinverbruikers wordt geboden en bij de verkoop van opgewekte elektriciteit over de bijzondere bescherming van Afdeling 2.3 van de ontwerp-Energiewet.⁴¹ Waar de actieve afnemer elektriciteit levert aan een eindafnemer, geldt hij echter ook als ‘marktaandeelner’ en ‘leverancier’, waardoor hij met betrekking tot die leveringshandeling gehouden is aan de regels van Afdeling 2.2. Voor de actieve afnemer bestaat evenwel een vrijstelling van de vergunningplicht voor de levering aan kleinverbruikers, mits hij op jaarbasis niet meer elektriciteit levert dan hij zelf op het elektriciteitssysteem invoedt.⁴² Van de overige (precontractuele) informatieplichten en zorgplichten wordt de actieve afnemer slechts vrijgesteld in geval van gefaciliteerde p2p-handel; in geval van rechtstreekse p2p-handel wordt de actieve afnemer enkel vrijgesteld van de verplichting tot het organiseren van een klachtenregeling voor zijn eindafnemer(s).⁴³ De consumentenrechtelijke kwalificatie van de actieve

afnemer is minder eenduidig. Actieve afnemers hebben in de regel een hybride karakter: zij verbruiken elektriciteit (middels een (p2p-)leveringsovereenkomst) en zij verhandelen het overschot aan zelfgeproduceerde elektriciteit door teruglevering aan een leverancier of p2p-handelaar (via een (p2p-)terugleveringsovereenkomst), of door levering aan een eindafnemer.⁴⁴ Met de (terug)levering van opgewekte elektriciteit wordt bovendien een geldelijk voordeel beoogd.⁴⁵ Een kwalificatie als ‘handelaar’ ligt voor de hand, in ieder geval in relatie tot de (terug)geleverde elektriciteit. Ik licht dit toe.

De kwalificatie van de actieve afnemer bij (terug)levering draait in de kern om het antwoord op de vraag of de actieve afnemer geacht moet worden te handelen in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit.⁴⁶ In de Europese jurisprudentie zijn ten aanzien van de beoordeling verschillende – niet-limitatieve – gezichtspunten geformuleerd, waaronder: of verkoop op georganiseerde wijze plaatsvindt, of de verkoop een winstooigemerk heeft, of de verkoper beschikt over informatie en technische vaardigheden waardoor de consument niet noodzakelijk beschikt, waardoor hij zich in een gunstigere positie bevindt dan de particulier, of de verkoper btw-plichtig is, alsmede of de verkoop met een zekere regelmaat of frequentie en/of gelijktijdig met zijn commerciële of beroepsactiviteit plaatsvindt.⁴⁷

De door een actieve afnemer met een eindafnemer gesloten leveringsovereenkomst, respectievelijk de met een p2p-handelaar gesloten p2p-terugleveringsovereenkomst, betreft een doorlopende verplichting tot het leveren van de zelfgeproduceerde elektriciteit tot opzegging heeft plaatsgevonden, of de termijn waarvoor de overeenkomst is aangegaan, is verstreken. De levering van elektriciteit heeft hierdoor een georganiseerd karakter en wordt met een zekere regelmaat (dat wil zeggen doorlopend) uitgevoerd. Tegenover de (terug)levering van zelfgeproduceerde elektriciteit staat bovendien een geldelijke vergoeding (de afgesproken terugleververgoeding of het afgesproken leveringstarief). Voorts is met betrekking tot teruglevering reeds uitgemaakt dat deze activiteit btw-plichtig is, specifiek in het arrest *Fuchs* van het Europese Hof.⁴⁸ In dat arrest werd geoordeeld dat de teruglevering van elektriciteit aan de eigen leverancier moest worden gezien als levering van een ‘goed’,⁴⁹ door een ‘ondernemer’ (de ac-

40 Rb. Rotterdam 30 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8487, r.o. 19.8.

41 Artikel 1.1 ontwerp-Energiewet.

42 Artikel 2.19 lid 2 onder b ontwerp-Energiewet.

43 Artikel 2.32 ontwerp-Energiewet.

44 Vgl. D.G. Tempelman & H.H.B. Vedder, ‘Energie – het toenemend hybride karakter van de consumentenbescherming in het energierecht’, *TvC* 2020, afl. 3, p. 135-145; L. Diestelmeier & M. Hesselman, ‘De positie van huishoudelijke consumenten in het EU Winterpakket: Tussen participeren en beschermen’, *NTE* 2018, afl. 1/2, p. 37.

45 Vgl. uitgebreid: S.T. Kalisvaart, ‘De energieprosumant en de voorwaarden voor (terug)levering van elektriciteit: slikken of beschikken?’, *TvC* 2022, afl. 6, p. 271-275.

46 In de zin van artikel 6:193a lid 1 onder b resp. 6:230g lid 1 onder b resp. 7:5 lid 1 onder a BW.

47 HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, punten 38-39, *RvdW* 2019/385 (*Kamenova*).

48 HvJ EU 20 juni 2013, C-219/12, ECLI:EU:C:2013:413 (*Fuchs*) (hierna: *Fuchs*).

49 Bedoeld wordt evenwel niet een ‘goed’ in civielrechtelijke zin. Het Europese recht hanteert een eigen definitie van goederen en beschouwt elektriciteit als zodanig, vgl. HvJ EG 27 april 1994, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171, punt 28 (*Almelo/IJsselmij*) (hierna: *Almelo/IJsselmij*); HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*); HvJ EG 23 oktober 1997, C-158/94, ECLI:EU:C:1997:500, punt 17 (*Commissie/Italië*) (hierna: *Commissie/Italië*).

tieve afnemer), onder bezwarende titel (de energieleveringsovereenkomst), met het oogmerk er duurzaam voordeel uit te genereren (de terugleververgoeding).⁵⁰ Teruglevering vormde aldus een met btw belastbaar feit. Niet valt in te zien waarom deze beoordeling anders zou zijn in geval van p2p-handel (tegen commerciële voorwaarden).⁵¹ Ook dan is immers sprake van een oogmerk om duurzaam voordeel te genereren. Aangenomen kan dan ook worden dat de (terug)leverende actieve afnemer bij de verkoop van zijn zelfgeproduceerde elektriciteit met een handelsoogmerk handelt en dus in beginsel als 'handelaar' is aan te merken.

Anders dan bij teruglevering lijkt bij p2p-handel niet automatisch een verband tussen de aankoop van elektriciteit voor eigen verbruik en de verkoop van zelfgeproduceerde elektriciteit te bestaan. De eindafnemer zal namelijk ten behoeve van verbruik een overeenkomst zijn aangegaan met een leverancier en ten behoeve van de verkoop van zijn overtollige elektriciteit een andere overeenkomst zijn aangegaan. Dat ligt enkel anders als de actieve afnemer elektriciteit afneemt van de p2p-handelaar binnen een (p2p-)leveringsovereenkomst en teruglevert aan diezelfde p2p-handelaar binnen een (p2p-)terugleveringsovereenkomst. In dat geval is de p2p-handelaar namelijk verplicht de salderingsregeling toe te passen: op jaarbasis dient de hoeveelheid aan het elektriciteitssysteem onttrokken elektriciteit te worden verrekend met de hoeveelheid op het elektriciteitsnet door de actieve afnemer ingevoede elektriciteit, tot een saldo van nul.⁵² Doorslaggevend hierbij is of de actieve afnemer een 'terugleveringsovereenkomst heeft gesloten met een andere marktdeelnemer dan zijn leverancier'.⁵³ In die gevallen bestaat een zeker verband tussen verbruik (doorgaans voor privédoeleinden) en teruglevering (voor zakelijke doeleinden). Het zwaartepunt hiertussen bepaalt uiteindelijk of de actieve afnemer overwegend voor zakelijke of voor privédoeleinden handelt en dus geldt als 'handelaar' of 'consument'.⁵⁴ In andere gevallen geldt de salderingsregeling en ontbreekt enig verband. Naarmate de salderingsregeling na 2024 wordt afgebouwd, zal teruglevering – ook in gevallen waarin de salderingsregeling van toepassing is – een meer eigenstandig karakter krijgen, waarmee de balans tussen teruglevering en verbruik vaker door zal slaan naar teruglevering, en de verbonden-

heid uiteindelijk zelfs verdwijnt.⁵⁵ De uiteindelijke betalingsverplichtingen voor actieve afnemers onder hun (p2p-)leveringsovereenkomst worden dan immers niet langer mede bepaald door de onder de (p2p-)terugleveringsovereenkomst teruggeleverde elektriciteit. De kwalificatie van de actieve afnemer als 'handelaar' lijkt in dat geval onvermijdelijk. Dit betekent dat de actieve afnemer bij het verbruik van elektriciteit (doorgaans) als 'consument' wordt aangemerkt, terwijl hij bij de teruglevering of verkoop van elektriciteit als 'handelaar' wordt beschouwd.

Een consequentie van de kwalificatie van de actieve afnemer als 'handelaar' is allereerst dat het consumentencontractenrecht van toepassing is op de energieleveringsovereenkomst die in het kader van rechtstreekse p2p-handel met een eindafnemer wordt gesloten. Een verdere consequentie is dat de regels van consumentencontractenrecht in beginsel niet van toepassing zijn op de p2p-terugleveringsovereenkomst, nu sprake is van een horizontale b2b-transactie, behoudens de mogelijkheid van reflexwerking van (delen van) het consumentencontractenrecht langs de lijn van de consumentenrechtelijke open normen, zoals artikel 6:233 BW.⁵⁶

De toekenning van reflexwerking ligt in voorkomend geval voor de hand. In de lagere rechtspraak is namelijk herhaaldelijk aangenomen dat voor reflexwerking ruimte is 'bij transacties die nauwelijks van consumententransacties zijn te onderscheiden'.⁵⁷ Naar mijn mening kan de p2p-terugleveringsovereenkomst als zodanig worden beschouwd. De actieve afnemer bevindt zich immers in een (aanzienlijk) machtsonevenwicht en een informatie-asymmetrie ten opzichte van de professionele p2p-handelaar. Het enige noemenswaardige verschil in karakter tussen actieve afnemer en eindafnemer is dat de actieve afnemer een (met btw belaste) vergoeding ontvangt onder de met de p2p-handelaar gesloten transactie, waar de eindafnemer gehouden is te betalen onder de door hem met de p2p-handelaar gesloten transactie. Zodoende lijkt er ruimte voor onder meer de toekenning van reflexwerking van de consumentenrechtelijke normen van de regeling oneerlijke bedingen in relatie tot actieve afnemers

50 *Fuchs*, punt 37. Artikel 7 lid 1 jo. 3 lid 1 onder a Wet op de omzetbelasting (Wet OB). In de praktijk zijn particuliere actieve afnemers echter vrijgesteld van deze btw-verplichting binnen de kleine ondernemersregeling (KOR), zie: <https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/btw/content/btw-terugvragen-voor-zonnepanelen-ik-ben-particulier>.

51 Dit zal mogelijk anders liggen bij de uitwisseling van elektriciteit tussen *peers* tegen een zeer geringe respectievelijk geen enkele vergoeding. Er ontbreekt dan immers een commercieel oogmerk op het genereren van duurzaam voordeel. Vgl. rond dergelijke vormen van energie-uitwisseling: T. Capper e.a., 'Peer-to-peer, community self-consumption, and transactive energy: A systematic literature review of local energy market models', *Renewable and Sustainable Energy Reviews* (162) 2022/112403, p. 2 en 4-5.

52 Artikel 50 lid 2 Wet belastingen op milieugrondslag (Wbm) jo. artikel 2.30 ontwerp-Energiewet. Vgl. ontwerp-MvT Energiewet, p. 194-195.

53 Artikel 2.30 lid 1 ontwerp-Energiewet.

54 Vgl. overweging 17 van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PhEU* 2011, L 304/64) (hierna: Richtlijn 2011/83/EU).

55 Bij de afbouw van de salderingsregeling wordt gedacht aan het maximeren van het voor saldering in aanmerking komende verbruikssaldo door aanpassing van artikel 50 lid 2 Wbm, zie: *Kamerstukken II* 2022/23, 33594, nr. 10, p. 2-3; *Kamerstukken II* 2021/22, 33594, nr. 2, p. 3. De precieze status van dit wetsvoorstel ligt evenwel gevoelig in het parlement.

56 Vgl. D.F.H. Stein, 'Richtlijnen en privaatrecht', *MvV* 2019, afl. 7/8, p. 228-229; W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom (red.), *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2021), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 146-148 (hierna: Van Boom 2021).

57 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3409, r.o. 2.15; Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1845, r.o. 24.

langs de lijn van de open norm(en) van artikel 6:233 BW.⁵⁸ De rechter zal echter enkel reflexwerking kunnen toekennen als de overeenkomst van de zakelijke transactie met een consumententransactie door de kleinzakelijke partij voldoende gemotiveerd gesteld en bewezen is. Dat is een belangrijke beperking ten opzichte van de bescherming die de ‘consument’ geniet: een belangrijk deel van het consumentencontractenrecht wordt in relatie tot ‘consumenten’ immers ambtshalve toegepast.⁵⁹

3.3. De p2p-handelaar

De rechtspositie van de p2p-handelaar is grotendeels helder. De p2p-handelaar handelt in de regel immers binnen de uitoefening van beroep of bedrijf en geldt daarom binnen het consumentencontractenrecht doorgaans als ‘handelaar’.⁶⁰ Waar de p2p-handelaar handelt met ‘consument-kleinverbruikers’ of ‘consument-actieve afnemers’, is hij aldus gehouden aan de verschillende verplichtingen van het generieke consumentencontractenrecht. Over de precieze kwalificatie van de actieve afnemer bestaat evenwel twijfel, zoals hiervoor besproken. De positie van de p2p-handelaar binnen de ontwerp-Energiewet is afhankelijk van de precieze door de p2p-handelaar uitgevoerde activiteiten. Verschillende opties zijn mogelijk, afhankelijk van de vraag of de p2p-handelaar geacht moet worden elektriciteit te ‘leveren’, geacht moet worden ‘de automatische uitvoering en afwikkeling van p2p-transacties te “realiseren”’, of geacht moet worden onbenoemde activiteiten te verrichten. Waar de p2p-handelaar elektriciteit ‘levert’ – hij levert bijvoorbeeld (mede) elektriciteit die niet te herleiden valt tot een gecontracteerde actieve afnemer – geldt de p2p-handelaar per definitie als ‘marktdeelnemer’ en ‘leverancier’. Datzelfde geldt ingeval de p2p-handelaar zorg draagt voor de automatische uitvoering en afwikkeling van de levering van door een actieve afnemer geproduceerde stroom aan een eindafnemer. p2p-handelaren vallen aldus in beginsel onder de Afdelingen 2.2 en 2.3 van de ontwerp-Energiewet en daarmee onder het gedragtoezicht van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) (in de vorm van de leveringsvergunning voor het faciliteren van p2p-handel tussen kleinverbruikers). Bovendien bepaalt de ontwerp-Energiewet dat op een dergelijke marktdeelnemer de balanceringsverplichting rust en dus de verantwoordelijk-

heid voor het realiseren van universele dienstverlening aan de gecontracteerde eindafnemers.⁶¹

Vrijstelling van deze vergunningplicht is onder strenge voorwaarden mogelijk, namelijk in beginsel daar waar de p2p-handelaar een ‘energiegemeenschap’ is of waar gecontracteerd wordt met overwegend zakelijke eindafnemers, die onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben.⁶² Zowel de situatie van p2p-handel tussen leden van de energiegemeenschap (ook wel: energiedelen), als de andere vrijstellingsituatie vallen buiten het bestek van deze bijdrage. Aangenomen wordt dus dat de p2p-handelaar zonder meer onder de verschillende verplichtingen van de ontwerp-Energiewet valt.

Waar de p2p-handelaar overige activiteiten verricht – hij bemiddelt bijvoorbeeld en is niet verantwoordelijk voor de automatische uitvoering en afwikkeling van p2p-transacties – is geen sprake van een gereguleerde activiteit en geldt een afwijkend kader. Het is nodig nader stil te staan bij de positie van p2p-handelaren en de mogelijke marktmodellen voor p2p-handel via een p2p-handelaar.

4. Platformgebaseerde p2p-handel

De wetgever benoemt meermaals de mogelijkheid van gefaciliteerde p2p-handel via een ‘digitaal platform’.⁶³ Aangezien de wetgever niet duidelijk maakt wat ‘faciliteren in p2p-handel’ inhoudt, zijn zowel zuivere als onzuivere p2p-handelsplatformen mogelijk. Zo kan een p2p-platform allereerst de optie bieden aan eindafnemers om de actieve afnemers te selecteren door wie zij beleverd willen worden, terwijl de p2p-handelaar verantwoordelijk blijft voor de doorlopende levering aan de eindafnemer en de automatische uitvoering en afwikkeling van de p2p-transacties (zuivere p2p-handelsplatformen). Evenwel zijn ook meer conventionele platformmodellen mogelijk: een aanbieder (de actieve afnemer) biedt via een online platform (het p2p-handelsplatform) zijn producten aan (de levering van elektriciteit), die vervolgens door een consument (de eindafnemer) kunnen worden aanvaard, waardoor een overeenkomst tot stand komt (een energieleveringsovereenkomst) (onzuivere p2p-handelsplatformen).⁶⁴

58 De actieve afnemer wordt immers niet uitgesloten onder artikel 6:235 BW nu hij noch een jaarrekening openbaar maakt, noch personeel onder zich heeft. Dat ligt wellicht anders wanneer de actieve afnemer niet over een kleine aansluiting beschikt, en beduidend professioneler is georganiseerd.

59 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, punten 25-29 (*Océano*); HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, punten 37-39, SEW 2007, afl. 3, m.nt. M. Verhoeven (*Mostaza Claro*); HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, punten 29-35, SEW 2009, afl. 11, m.nt. M. Verhoeven (*Pannon*); HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602, punten 29-33 (*Pohotovost*). Deze Europeesrechtelijke verplichting is door de Hoge Raad uitgebreid tot de toetsing van verschillende nationale consumentenrechtelijke regels, zie: HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.8.1-3.10 (*Mobieltjes II*). Vgl. het rapport *Ambtshalve toetsing III*, van het Landelijk overleg voorzitters civiele en kantonsectoren (LOVCK) van april 2018, beschikbaar via: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rapport-at-III-31-juli-2018.pdf>. De lijn van de Europese jurisprudentie lijkt echter de geleidelijke uitbreiding van ambtshalve toetsing tot het gehele consumentenrechtelijke *acquis* in te houden, vgl. A. Ancery & B. Krans, ‘Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties’, AA 2016, afl. 11, p. 825-830.

60 Vgl. artikel 6:193a lid 1 onder b BW.

61 Artikel 2.41 lid 1 ontwerp-Energiewet.

62 Artikel 2.19 lid 2 onder a en c ontwerp-Energiewet.

63 Ontwerp-MvT Energiewet, p. 26, 29, 32 en 40.

64 Vgl. rond de meest voorkomende bedrijfsmodellen: V. Mak, ‘Contracteren in de platformeconomie’, MvV 2021, afl. 2, p. 57-58 (hierna: Mak 2021); M.Y. Schaub, ‘De verantwoordelijkheid van intermediaire onlineplatformen voor de informatieplichten van de gebruikers’, TvC 2018, afl. 5, p. 214.

Het onderscheid tussen zuivere en onzuivere p2p-handelsplatformen is doorslaggevend voor de ruimte voor regulering door de wetgever en de rechten en plichten van de betrokken partijen. Dat heeft te maken met de vraag of de p2p-handelaar geacht moet worden enkel een bemiddelingsdienst te leveren, of een andere (gereguleerde) dienst of een (Europeesrechtelijk) ‘goed’ te leveren. Bemiddelingsdiensten zullen in de regel namelijk gelden als een zogeheten ‘dienst van de informatiemaatschappij’ (informatiedienst).⁶⁵ Op dergelijke diensten is een specifiek (Europees) regulatorisch kader van toepassing dat de ruimte voor nationale regulering van deze diensten beperkt.⁶⁶ Zo verbiedt Richtlijn 2000/31/EG (de E-commerce-richtlijn) onder meer het verplicht stellen van een voorafgaande vergunning voor de uitoefening van informatiediensten.⁶⁷ Dat beperkt de ruimte voor het verplicht stellen van de leveringsvergunning voor p2p-handelaren en zodoende de ruimte voor gedragstoezicht op deze partijen door ACM. Ik bespreek daarom de precieze contractuele constellaties bij zuivere respectievelijk onzuivere p2p-handelsplatformen.

4.1. Samenhangende (bemiddelings)diensten en/of goederen

Op een elektronisch platform worden vaak verschillende diensten en/of goederen binnen dezelfde rechtshandeling geleverd aan een afnemer.⁶⁸ Al naargelang de precieze contractuele vormgeving is het echter mogelijk dat verschillende onderdelen van de overeenkomsten met de p2p-handelaar worden aangemerkt als elektronische handel (artikel 3:15d BW; informatiedienst), volmacht (artikel 3:60 BW), opdracht (artikel 7:400 BW), bemiddeling (artikel 7:425 BW), koop (artikel 7:1 BW), en/of de levering van elektriciteit (artikel 1.1 ontwerp-Energiewet), eventueel gecombineerd met (privatieve) lastgeving in naam van de actieve afnemer respectievelijk de eindafnemer (artikel 7:414 resp. 7:424 BW).⁶⁹

In geval van twee samenhangende diensten kan de toetsingsmaatstaf uit het *Uber*-arrest worden aangelegd: de

definitie van een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ vindt haar begrenzing waar de desbetreffende dienst geacht moet worden een ‘integrerend deel uit te maken’ van een andere (gereguleerde) dienst.⁷⁰ Belangrijk bij deze beoordeling is onder meer of de platformbeheerder een beslissende invloed uitoefent op de dienstverrichtingsvoorwaarden, alsook of de levering van de diensten zou kunnen plaatsvinden zonder tussenkomst van het platform.⁷¹ Waar de bemiddelingsdienst ondergeschikt is aan een andere (gereguleerde) dienst, kan de bemiddelingsdienst niet onder de werkingssfeer van de E-commerce-richtlijn worden gebracht.⁷² In geval van de samenhangende levering van een dienst en een goed, kan daarentegen de toetsingsmaatstaf uit het *Schindler*-arrest worden gehanteerd: vastgesteld moet worden of sprake is van een ondergeschiktheidsrelatie tussen de dienst en de levering van het goed.⁷³ Waar moet worden vastgesteld dat een geleverde bemiddelingsdienst ondergeschikt is aan de levering van een goed, lijkt *mutatis mutandis* eveneens te kunnen worden gesteld dat de bemiddelingsdienst ook dient te worden uitgesloten van de werkingssfeer van de E-commerce-richtlijn.

In geval van zuivere p2p-handelsplatformen ‘realiseert’ de p2p-handelaar de ‘automatische uitvoering en afwikkeling’ van de p2p-transactie.⁷⁴ De p2p-handelaar treedt in zoverre in de plaats van een conventionele leverancier en kan geacht worden hetzelfde ‘pakket’ aan samenhangende goederen (elektriciteit) en diensten (transmissie, etc.) te leveren. De p2p-handelaar brengt immers het aanbod van de gecontracteerde actieve afnemers samen en koppelt dit aan de elektriciteitsbehoefte van de gecontracteerde eindafnemers. Het lijkt in een dergelijk geval bovendien niet noodzakelijk dat tussen de actieve afnemer en een eindafnemer een (energieleverings)overeenkomst tot stand komt: de actieve afnemer is bij deze vorm van p2p-handel namelijk vrijgesteld van Afdeling 2.2 van de ontwerp-Energiewet en dus van de verplichting om een energieleveringsovereenkomst te sluiten met de eindafnemer.⁷⁵ Dit betekent dat in contractuele zin slechts van twee rechtsverhoudingen kan worden gesproken, namelijk: een p2p-leveringsovereenkomst tussen de p2p-handelaar

65 Een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ betreft: (i) elke dienst, (ii) die gewoonlijk tegen vergoeding, (iii) langs elektronische weg, (iv) op afstand en (v) op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht, zie: artikel 3 onder a van Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaalmediaverordening) (*PbEU* 2022, L 277/1) jo. artikel 1 lid 1 onder b van Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (codificatie) (*PbEU* 2015, L 241/1). Vgl. concl. A-G M. Szpunar 30 april 2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:336, punt 35 (*Airbnb Ireland*); HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, punt 109, *SEW* 2012, afl. 7, m.nt. R. Ludding (*L’Oréal*); M.Y. Schaub, *Onlineplatformen* (Monografieën Privaatrecht, deel 19), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 7-20 (hierna: Schaub 2020).

66 Vgl. M.Y. Schaub, ‘Een online platform is meer dan alleen een online platform’, *Internetrecht* 2022, afl. 2, p. 43-50, i.h.b. p. 43 (hierna: Schaub 2022).

67 Artikel 4 van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (‘Richtlijn inzake elektronische handel’) (*PbEG* 2000, L 178/1).

68 Vgl. in de context van p2p-handel in elektriciteit: Van Soest 2018, p. 189-190.

69 Vgl. Mak 2021, p. 58; Koolhoven 2020, p. 77-84; Schaub 2020, p. 77-84; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Platformen als uitdaging voor het privaatrecht’, *WPNR* 2018, afl. 7214, p. 835-841, i.h.b. p. 836-837 en 839.

70 Vgl. HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981, punten 33-40, *SEW* 2018, afl. 5, m.nt. S. Tans (*Uber Systems Spain*) (hierna: *Uber Systems Spain*); HvJ EU 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112, punten 39-69, *SEW* 2020, afl. 3 (*Airbnb Ireland*); HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, r.o. 3.1.2-3.1.3 (*Airbnb*) (hierna: HR *Airbnb*).

71 Vgl. *Uber Systems Spain*, punten 36-40.

72 *Uber Systems Spain*, punt 48.

73 Zie: HvJ EG 24 maart 1994, C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119, punten 20-25 (*Schindler*).

74 Artikel 1.1 ontwerp-Energiewet.

75 Artikel 2.32 lid 2 jo. 2.7 lid 1 ontwerp-Energiewet.

delaar en een eindafnemer, respectievelijk een p2p-terugleveringsovereenkomst tussen de p2p-handelaar en een actieve afnemer.

Deze rechtsverhoudingen lijken identiek te zijn aan de levering van elektriciteit door een leverancier, respectievelijk de teruglevering van elektriciteit aan een leverancier. De (terug)levering van elektriciteit (een 'goed'⁷⁶) gaat gepaard met verschillende meet- en transmissiediensten. Hieromtrent heeft het Europese Hof echter reeds uitgemaakt dat de *Schindler*-toets zich niet leent voor toepassing op diensten die noodzakelijk zijn voor de in- en uitvoer van elektriciteit, alsook het transport en de distributie daarvan, aangezien deze diensten slechts het 'instrument vormen voor de levering (...) van een goed'.⁷⁷ Zodoende moeten deze diensten en de levering van elektriciteit los van elkaar worden gezien.⁷⁸ Aangenomen mag worden dat bij zuivere p2p-handelsplatformen voor zover relevant enkel gesproken kan worden van de levering van een goed, zonder bijkomende bemiddelingsdiensten. Reeds om die reden kan van een informatiedienst geen sprake zijn. Dat lijkt niet anders te zijn ingeval de p2p-handelaar met een volmacht en privatieve last overeenkomsten tussen eindafnemers en actieve afnemers tot stand brengt, uitvoert en afwikkelt; ook dan lijkt mij dat van de automatische uitvoering en afwikkeling van de transactie kan worden gesproken.

In geval van onzuivere p2p-handelsplatformen ligt de situatie anders. Het is mogelijk dat een p2p-handelaar slechts een online berichtenplatform aanbiedt waarop actieve afnemers en eindafnemers met elkaar kunnen contracteren ten behoeve van rechtstreekse p2p-handel. In dit model bestaat wel degelijk een rechtsverhouding tussen de actieve afnemer en de eindafnemer. Sterker nog: de verantwoordelijkheid voor de automatische uitvoering en afwikkeling van de p2p-transactie, alsook de balanceringsverplichting, rust op de actieve afnemer.⁷⁹

In conceptuele zin kan in dit geval niet van de samenhangende levering van een dienst en een goed worden gesproken: de actieve afnemer levert een goed, de p2p-handelaar een (bemiddelings)dienst. De bemiddelingsdienst van de p2p-handelaar zal in de regel een informatiedienst zijn, wat de ruimte voor sectorspecifieke regulering van deze rechtsverhouding beperkt. Dergelijke bemiddelingsdiensten worden wel genormeerd door het generieke contractenrecht. Ik sta hier nader bij stil.

4.2. Bemiddelingsdiensten bij onzuivere p2p-handelsplatformen

Naar Nederlands recht kan een p2p-handelaar die een digitaal handelsplatform aanbiedt, geacht worden een bemiddelingsdienst aan te bieden in de zin van artikel 7:425 BW.⁸⁰ Voor bemiddelen is namelijk vereist dat een tussenpersoon (de platformbeheerder) 'werkzaam [is] bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden', waarbij niet noodzakelijk is dat de tussenpersoon de overeenkomsten zelf sluit.⁸¹ De enkele bijdrage aan de totstandkoming van een overeenkomst is dus reeds voldoende om van bemiddeling te spreken; er is sprake van een ruim te interpreteren bemiddelingsbegrip.⁸² Hierin kan *mutatis mutandis* gelezen worden dat ook bij een p2p-platform, waarop een (aspirant-)eindafnemer en een (aspirant-)actieve afnemer slechts met tussenkomst van de p2p-handelaar (en tegen vergoeding aan dat platform) met elkaar kunnen contracteren, sprake is van bemiddeling richting de eindafnemer, respectievelijk de actieve afnemer.

Dergelijke situaties van tweezijdige bemiddeling (ook wel 'het dienen van twee heren') zijn strak gereguleerd, zeker waar gecontracteerd wordt met consumenten.⁸³ Allereerst dient de inhoud van de rechtshandeling in alle gevallen dermate nauwkeurig vast te staan, dat strijd tussen de belangen van de opdrachtgevers is uitgesloten. In geval van contracteren met consumenten dient bovendien schriftelijk toestemming te worden gegeven voor de tweezijdige bemiddeling, dit op straffe van vernietigbaarheid van de bemiddelingsovereenkomst. In tegenstelling tot bepaalde andere vormen van bemiddeling mag bij de bemiddeling inzake rechtstreekse p2p-handel expliciet wel loon in rekening worden gebracht aan zowel consumenten (de eindafnemer) als zakelijke partijen (de actieve afnemer).

Voor het overige geldt dat de bemiddelingsovereenkomst in de regel als zodanig onder het consumentencontractenrecht gebracht kan worden waar met een consument wordt gehandeld. De p2p-handelaar handelt in de regel immers in de uitoefening van beroep of bedrijf en geldt doorgaans dus als 'handelaar' met betrekking tot de geleverde bemiddelingsdienst. Specifiek lijkt de p2p-handelaar de consument op een duidelijke en begrijpelijke wijze bij het contracteren via zijn platform op zijn contractuele en energierechtelijke rechtspositie te moeten wijzen.⁸⁴ Dit ondanks het feit dat de p2p-handelaar bij de gesloten overeenkomsten zelf geen partij is. Aan de genoemde informatieplicht is niet voldaan waar deze informatie slechts in de algemene voorwaarden van de p2p-

76 *Commissie/Italië*, punt 17; *Almelo/IJsselmij*, punt 28.

77 *Commissie/Italië*, punt 18.

78 Zo ook: Van Soest 2018, p. 189-190.

79 Artikel 2.32 lid 1 ontwerp-Energiewet.

80 Vgl. HR *Airbnb*, r.o. 3.1.2-3.1.3; HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, r.o. 4.2.1-4.2.5 (*Booking*) (hierna: *Booking*); HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.3-4.4.2, NJ 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, randnr. 4-5 (*Duinzigt/Tacq*) (hierna: *Duinzigt/Tacq*), alsook de bijbehorende conclusie van A-G Wuisman 4 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1713, r.o. 5.1-5.2.

81 *Booking*, r.o. 4.1.5-4.1.6; HR *Airbnb*, r.o. 3.1.2.

82 Noot van Tjong Tjin Tai bij HR *Duinzigt/Tacq*, NJ 2016/108, randnr. 4-5.

83 Artikel 7:425 jo. 7:427 jo. 7:417 leden 1-3 jo. 7:408 lid 3 BW. Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/317-319.

84 Vgl. HvJ EU 24 februari 2022, C-536/20, ECLI:EU:C:2022:112, punten 41-45 (*Tiketeta*) (hierna: *Tiketeta*).

handelaar is opgenomen, ‘aangezien die wijze van informatieverstrekking er niet toe leidt dat die informatie persoonlijk aan de consument wordt gericht, noch waarborgt dat de inhoud ervan niet wordt gewijzigd en dat de betreffende informatie gedurende een passende termijn toegankelijk is, noch de consument in staat stelt de betreffende informatie op te slaan of ongewijzigd weer te geven’.⁸⁵ Het gewijzigde artikel 6:230m lid 3 BW bepaalt sinds mei 2022 dan ook dat de online marktplaats onder meer aan de consument informatie moet verstrekken over het zijn van handelaar van de derde die de zaken, diensten of digitale inhoud aanbiedt en de gevolgen hiervan.⁸⁶ Dat het energierecht op deze rechtsverhouding niet van toepassing lijkt, wordt voor de eindafnemer dus gecompenseerd door het van toepassing zijn van het consumentencontractenrecht en bijbehorende vernietigingsrecht richting de platformbeheerder; vorengenoemde informatieplichten waarborgen bovendien dat de consument bewust de risico’s van deze vorm van platformgebaseerde p2p-handel zal afwegen en eventueel aanvaarden. Wel geldt dat de waarde van een vernietigingsrecht in relatie tot de met de platformbeheerder gesloten overeenkomst beperkt is.⁸⁷ De situatie ligt anders in relatie tot de actieve afnemer.

De actieve afnemer zal – als naar verwachting zakelijke partij – in relatie tot de p2p-handelaar niet automatisch beschikken over de bescherming van het consumentencontractenrecht. Ook bevat de regeling inzake bemiddelingsovereenkomsten geen specifieke bescherming voor de actieve afnemer. De afgelopen jaren bestaat evenwel bijzondere aandacht voor de positie van kleinzakelijke partijen richting platformbeheerders.⁸⁸ Deze aandacht is te wijten aan Verordening (EU) 2019/1150 (de *Platform-to-business*-verordening).⁸⁹ Deze verordening beoogt een reeks bindende regels vast te stellen om een ‘eerlijk, voorspelbaar, duurzaam en betrouwbaar online ondernemingsklimaat binnen de interne markt te waarborgen’, in het bijzonder door aan zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten ‘passende transparantie en doeltreffende verhaalmogelijkheden’ te bieden.⁹⁰ Zodoende introduceert de verordening verschillende informatieplichten voor de onlinetussenhandelsdienstverlener (lees: de platformbeheerder) in relatie tot gehanteerde algemene voorwaarden (artikelen 3, 5-7, 10), motiveringsplichten en een vaste opzegtermijn in relatie tot een (tijdelijke) beëindiging van de onlinetussenhandelsdienstverlening aan zakelijke gebruikers (artikel 4), een beperking van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van gehanteerde

algemene voorwaarden richting zakelijke gebruikers (artikel 8), regels rond gegevensbeheer (artikel 9) en een intern klachtenafhandelingsstelsel, alsook een verplichte aanwijzing van bemiddelaars voor buitengerechtelijke geschilbeslechting (artikel 11-13). De overlap van deze specifieke verplichtingen met het generieke consumentencontractenrecht is evident. Evenwel ontbreekt een vernietigingsrecht voor de kleinzakelijke partij bij schendingen van deze regels. In civielrechtelijke zin lijkt schending van deze regels dan ook langs de lijnen van het aansprakelijkheidsrecht (specifiek artikel 6:162 BW) te leiden tot een schadevergoedingsplicht.

De *Platform-to-business*-verordening strekt zich uit tot zogeheten ‘onlinetussenhandelsdiensten’. Dergelijke diensten worden in de verordening gedefinieerd als (i) ‘diensten van de informatiemaatschappij’, (ii) die zakelijke gebruikers de mogelijkheid bieden om goederen of diensten aan te bieden aan consumenten, met het oog op het faciliteren van het initiëren van directe transacties tussen die zakelijke gebruikers en consumenten, ongeacht waar die transacties uiteindelijk worden uitgevoerd, en (iii) aan zakelijke gebruikers worden geleverd op basis van contractverhoudingen tussen de aanbieder van dergelijke diensten en zakelijke gebruikers die goederen of diensten aanbieden aan consumenten.⁹¹ Het bestudeerde p2p-handelsplatform lijkt hieraan te voldoen. Zodoende bestaat ook in relatie tot de actieve afnemer een vergaand beschermingskader, dat eventueel kan worden aangevuld met de reflexwerking van het consumentencontractenrecht. Daarmee lijkt de p2p-platformbeheerder ertoe gehouden te zijn om de actieve afnemer over zijn contractuele en energierechtelijke rechtspositie richting de te contracteren eindafnemer te moeten informeren. De actieve afnemer wordt hierdoor ook in staat gesteld om de risico’s van deze vorm van p2p-handelsplatformen te overwegen en te besluiten hiervan af te zien.

5. Slotwoord

Deze bijdrage bespreekt de horizontale uitwisseling van energie binnen p2p-handel. Van p2p-handel wordt door de (Europese) wetgever gedacht dat zij eindafnemers laat profiteren van lagere energieprijzen en actieve afnemers een grotere mate van autonomie biedt ten aanzien van de verkoop van door hen opgewekte elektriciteit. De bestudeerde regeling van p2p-handel onder de ontwerp-

85 *Tiketa*, punten 51-53.

86 *Sib* 2022, 157. Vgl. Schaub 2022, p. 257-260. Artikel 6:230m BW lijkt zonder meer toepasbaar, nu sectorspecifieke normen op dit punt in de ontwerp-Energiewet ontbreken, vgl. rond de hiërarchie tussen Richtlijn (EU) 2019/944 en (de inmiddels herschikte) Richtlijn 2011/83/EU: Asser/Houben 7-X 2019/214.

87 Schaub 2022, p. 260-261. Schaub benoemt wel de mogelijkheid van een vervangende schadevergoeding, bijvoorbeeld in de vorm van een reductie van de koop prijs.

88 Vgl. Van Boom 2021, p. 115-201; V. Mak, ‘De prosumant in de platformeconomie: Startpunt voor herijking van het privaatrecht’, *NJB* 2022, afl. 25, p. 1978-1984; Mak 2021; Y. de Vries & E.M.M. Besselink, ‘Oneerlijke handelspraktijken in B2B-relaties: van soft-law naar hard law?’, *MP* 2018, afl. 5/6, p. 36-41; J.H.M. Spanjaard, ‘Online tussenhandelaren: transparantie en eerlijkheid als geboden’, *Contracteren* 2021, afl. 1, p. 3-10; L. Korsten & J. Movig, ‘Belgische wetswijziging introduceert B2B-bescherming: een voorbeeld voor Nederland?’, *MqM* 2020, afl. 2, p. 68-76.

89 Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (*PbEU* 2019, L186/57).

90 Overweging 7 resp. artikel 1 lid 1 Verordening (EU) 2019/1150.

91 Artikel 2 aanhef en onder 2 Verordening (EU) 2019/1150.

Energiewet laat ruimte voor rechtstreekse p2p-handel tussen een actieve afnemer en een eindafnemer, alsook gefaciliteerde p2p-handel via een derde partij: de p2p-handelaar. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van digitale p2p-handelsplatformen die buiten het energierechtelijke gedragstoezicht vallen: de p2p-handelaar ‘bemiddelt’ in dat geval slechts bij de totstandkoming van rechtstreekse p2p-handel. De bestudeerde regeling kent echter verschillende problemen.

Allereerst legt de bijdrage een zekere spanning bloot tussen de verschillende consumentenrechtelijke richtlijnen en de energierechtelijke richtlijnen. De energierechtelijke richtlijnen gaan immers in grote mate uit van verticale contractuele verhoudingen tussen een zwakke partij (de eindafnemer of consument) en een sterke partij (de leverancier of handelaar). Het doorgaans horizontale karakter van p2p-handel verhoudt zich hier slecht mee, nu de actieve afnemer niet zonder meer een ‘sterke partij’ is. Zij wordt immers bij de afname van elektriciteit geacht een zwakke partij te zijn, die contractuele bescherming verdient richting haar leverancier. Onduidelijk is waarom dezelfde kleinverbruiker bij deelname aan p2p-handel wel in staat zou zijn de verschillende besproken consumentenrechtelijke en energierechtelijke verplichtingen te begrijpen en na te kunnen leven. De (beperkte) vrijstelling van de vergunningplicht en de verplichting een klachtenregeling in te stellen, maakt dit niet anders. Voorts verhouden de richtlijnen inzake e-commerce zich slecht met het karakter van p2p-handel. Hoewel de

richtlijnen zich lenen voor ongereguleerde markten (zoals online boek- of kledingverkoop), lijkt het regelgevende kader uit deze richtlijnen slecht passend bij de stringente energierechtelijke verplichtingen die op de derde-aanbieder op het platform (de actieve afnemer) komen te rusten bij handel via het platform. De enkele verplichtingen tot informatieverstrekking van platformbeheerders richting hun gebruikers onder artikel 6:230m BW en de *Platform-to-business*-verordening zullen eindafnemers en actieve afnemers immers mogelijk onvoldoende waarschuwen voor de (energierechtelijke) risico’s van rechtstreekse p2p-handel via een digitaal platform. De beperkte ruimte voor gedragstoezicht op deze p2p-handelsplatformen lijkt zodoende problematisch.

De genoemde gebreken zijn terug te leiden tot de verschillende doelstellingen van het energierecht, consumentencontractenrecht en de regels inzake e-commerce. Zo staat enerzijds het marktbevorderende karakter van laatstgenoemde regels op gespannen voet met de kwetsbare positie van de eindafnemer binnen het energierecht. Anderzijds leent de doelstelling van het herstel van het contractuele evenwicht binnen het consumentencontractenrecht zich niet voor horizontale relaties waarin het contractuele evenwicht tussen eindafnemers en actieve afnemers in beginsel gelijk lijkt en de bescherming richting derde partijen moet worden gezocht. Integratie van de normstelsels lijkt rond p2p-handel noodzakelijk.