

DAGVAARDING

HOUDENDE EEN COLLECTIEVE VORDERING (ART. 3:305a BW)

Heden, de dertigste maart tweeduizend twee en twintig

tweeduizendtweëntwintig, ten verzoeken van de Stichting **STICHTING NUON-CLAIM**, gevestigd te Amsterdam, die voor deze zaak woonplaats kiest ten kantore van mr. drs. Q.L.C.M. (Quirijn) Bongaerts van Birkway (J.J. Viottastraat 33, 1071 JP Amsterdam) en die hem samen met mr. P.W. (Pieter) Huitema van DeHaan Advocaten en Notarissen in deze procedure tot advocaten stelt en die hierin als zodanig zullen optreden;

GEDAGVAARD:

1. De naamloze vennootschap **Vattenfall N.V.**, gevestigd te (1102 BR) Amsterdam aan het adres Hoekenrode 8, aldaar mijn exploit doende en een afschrift daarvan latende aan:
2. De naamloze vennootschap **Vattenfall Sales Nederland N.V.**, gevestigd te (1102 BR) Amsterdam aan het adres Hoekenrode 8, aldaar mijn exploit doende en een afschrift daarvan latende aan:
3. De naamloze vennootschap **Vattenfall Energy Trading Netherlands N.V.**, gevestigd te (1102 BR) Amsterdam aan het adres Hoekenrode 8, aldaar mijn exploit doende en een afschrift daarvan latende aan:



OM:

op 6 juli 2022 om tien uur, niet in persoon, maar vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter terechtzitting van de rechtbank Amsterdam, zittingsplaats Amsterdam, die alsdan en aldaar gehouden zal worden in het gerechtsgebouw aan het adres Parnassusweg 280 te Amsterdam;

MET AANZEGGING DAT:

- indien een gedaagde verzuimt advocaat te stellen of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen die gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
- indien ten minste één van de gedaagden in het geding verschijnt en het griffierecht tijdig heeft voldaan, tussen alle partijen één vonnis zal worden gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd;
- bij verschijning in het geding van ieder van de gedaagden een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
- de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;
- van gedaagden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijklopende conclusies nemen of gelijklopend verweer voeren, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven;

TE HOREN EISEN ALS VOLGT:



INHOUDSOPGAVE

AFKORTINGEN EN DEFINITIES	5
I. KERN VAN DE ZAAK EN PLAN VAN BEHANDELING	7
II. PARTIJEN	10
II.A. De Stichting en haar achterban	10
II.B. Vattenfall	10
III. FEITEN	11
III.A. Achtergrond: de liberalisering van de energiemarkt	11
III.A.1. <i>Positie Vattenfall vóór de splitsing</i>	11
III.A.2. <i>De splitsing in netbeheerders en leveranciers</i>	12
III.A.3. <i>Tarifering door de netbeheerder</i>	13
III.A.4. <i>Netbeheerder factureert gecontracteerd transportvermogen</i>	15
III.A.5. <i>Tarifering door de leverancier</i>	16
III.A.6. <i>De Splitsingswet: netbeheerder en leveringsbedrijf gaan hun eigen weg</i>	17
III.B. Vattenfall factureerde vanaf 2002 ten onrechte de kW-vergoeding	18
III.B.1. <i>De kW-vergoeding in de facturen en overeenkomsten van Vattenfall</i>	18
III.B.2. <i>De klanten bij wie Vattenfall de kW-vergoeding in rekening bracht</i>	20
III.B.3. <i>Vattenfall geeft onjuiste en wisselende verklaringen voor de kW-vergoeding</i>	21
III.B.4. <i>Bevindingen van de Stichting over aard van de misleiding en het effect van de kW-vergoeding</i>	25
III.B.5. <i>Correspondentie met Vattenfall</i>	26
IV. DE VORDERINGEN	27
IV.A. Onrechtmatige daad	28
IV.A.1. <i>Juridisch kader; samenloop onrechtmatige daad en wanprestatie</i>	28
IV.A.2. <i>Onrechtmatige misleiding en acquisitiefraude (art. 6:194 lid 2 en 3 BW)</i>	29
IV.A.2.a) <i>Overgangsrecht acquisitiefraude</i>	29
IV.A.2.b) <i>Algemeen kader wet Acquisitiefraude en bewijslastomkering</i>	30
IV.A.2.c) <i>Feitelijke uitwerking</i>	31
IV.A.2.d) <i>Reflexwerking beschermende maatregelen kleinverbruikers</i>	35
IV.A.3. <i>Handelen in strijd met de op Vattenfall rustende zorgvuldigheidnorm (art. 6:162 BW)</i>	37
IV.A.3.a) <i>De zorgvuldigheidnorm</i>	37
IV.A.3.b) <i>Op Vattenfall rust een (zwaarwegende) zorgvuldigheidsverplichting</i>	39
IV.A.3.c) <i>Inhoud van de zorgvuldigheidsverplichting</i>	40
IV.A.4. <i>Causaal verband</i>	41
IV.A.5. <i>Relativiteit</i>	41
IV.B. Subsidiar: onverschuldigde betaling en ontvangst te kwader trouw	41
IV.B.1. <i>Juridisch kader</i>	42
IV.B.1.a) <i>Onverschuldigde betaling</i>	42
IV.B.1.b) <i>Ontvangst te kwader trouw; gevolgen voor de wettelijke rente</i>	42
IV.B.2. <i>Toepassing op de feiten</i>	42
IV.B.2.a) <i>KW-vergoeding niet overeengekomen</i>	42
IV.B.2.b) <i>Nietigheid van de tot betaling van de kW-vergoeding strekkende verbintenis</i>	44
IV.B.2.c) <i>Verzuim</i>	44
IV.C. Meer subsidiaire grondslag: wanprestatie	45
IV.C.1. <i>Juridisch kader</i>	45
IV.C.2. <i>Tekortkoming in de nakoming van een verbintenis door Vattenfall</i>	45
IV.C.3. <i>Verzuim en wettelijke rente</i>	45
V. SCHADEVERGOEDINGS- EN/OF RESTITUTIEVERPLICHTINGEN	46
V.A. Restitutie van de betaalde kW-vergoeding	46
V.B. Wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW	46
V.B.1. <i>Wettelijke rente bij onrechtmatige daad</i>	46
V.B.2. <i>Wettelijke rente bij onverschuldigde betaling</i>	47
V.B.3. <i>Wettelijke rente en wanprestatie</i>	47
V.C. Proceskosten	47
VI. BEKENDE VERWEREN VAN GEDAAGDEN	48
VII. WAMCA, ONTVANKELIJKHEID EN GESCHIKTHEID VOOR COLLECTIEVE ACTIE	49
VII.A. Het Nieuwe Collectieve Actierecht vindt toepassing	50
VII.B. Ontvankelijkheidstoets	51
VII.B.1. <i>De geschiktheid van de Stichting om als belangenbehartiger op te treden</i>	51
VII.B.1.a) <i>Rechtsvorm, doelstelling en aansluiting op de procedure</i>	51
VII.B.1.b) <i>Gelijksoortigheid van belangen</i>	52
VII.B.2. <i>De Stichting en haar activiteiten</i>	54
VII.B.2.a) <i>Het bestuur</i>	55
VII.B.2.b) <i>De activiteiten van de Stichting</i>	55
VII.B.2.c) <i>Inspraak achterban</i>	56
VII.B.2.d) <i>Voldoende middelen en zeggenschap over de vorderingen</i>	57

VII.B.3.	<i>Representativiteit en waarborging van belangen</i>	59
VII.B.3.a)	<i>Achterban</i>	59
VII.B.3.b)	<i>Omvang vertegenwoordigde belangen</i>	59
VII.B.4.	<i>Transparantie-eisen</i>	61
VII.B.5.	<i>Aanvullende ontvankelijkheidseisen voor de Stichting</i>	62
VII.B.5.a)	<i>Geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk</i>	62
VII.B.5.b)	<i>Territoriaal ontvankelijkheidsvereiste of scope rule</i>	63
VII.B.6.	<i>Voldoende overleg</i>	63
VII.C.	De geschiktheid van de vordering voor collectieve afdoening	64
VII.C.1.	<i>Efficiënte en effectieve rechtsbescherming</i>	64
VII.C.1.a)	<i>Voldoende gemeenschappelijk</i>	64
VII.C.1.b)	<i>De grondslag van de vorderingen</i>	65
VII.C.2.	<i>Niet summierlijk ondeugdelijk</i>	67
VIII.	BEVOEGDHEID RECHTBANK AMSTERDAM	67
IX.	BEWIJSAANBOD	67
X.	PROCESKOSTEN	68
XI.	PETITUM	69
	OVERZICHT PRODUCTIES	71



AFKORTINGEN EN DEFINITIES

ACM	Autoriteit Consument en Markt
ATO	De aansluit- en transportovereenkomst tussen netbeheerder en aangeslotene
Bench Walk	Bench Walk Advisors LLC
Continuon	N.V. Continuon Netbeheer tot 17 november 2008 de netbeheerder binnen Nuon
DTe	De Dienst uitvoering en Toezicht energie, de toezichthouder voor de energiesector
Elektriciteitsrichtlijn	Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 december 1996 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit
Elektriciteitswet	Elektriciteitswet 1998
Gedupeerden	De Grootverbruikers die elektriciteit van één of meer van de Leveranciers afnamen in de Relevante Periode en in die tijd de kW-vergoeding in rekening gebracht kregen en hebben voldaan en per datum dagvaarding niet in het kader van een schikking met hun Leverancier(s) aan deze kwijting hebben verleend.
Grootverbruikers	Afnemers van elektriciteit van Vattenfall met een elektriciteitsaansluiting van 3 x 80 Ampère of meer.
Internal Audit Rapport	Internal Audit Rapport Nuon Business Marketing & Sales Processen versie 2.0 (productie 1)
Kleinverbruikersbesluit	Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers
kW-vergoeding	De vergoeding voor gecontracteerd vermogen c.q. kW-vergoeding die de Leverancier bij de Gedupeerden in rekening bracht
NB	Nuon Business, zie afkorting hierna
Nuon Business	N.V. Nuon Business, een naamloze vennootschap met KvK-nummer 09103294 verdwijnend gefuseerd op 19 november 2009 in N.V. Nuon Energie, een naamloze vennootschap met KvK-nummer 09105390
Nuon Energie	N.V. Nuon Energie, een naamloze vennootschap met KvK-nummer 09105390 waarin de rechtspersonen N.V. Nuon Business, met kvk-nummer 09103294 verdwijnend gefuseerd is op 19 november 2009 (productie 2). Nuon Energie is op haar beurt verdwijnend gefuseerd in Nuon Sales op 31 december 2009 (productie 3).
Nuon ETW/ Vattenfall ETW	Eén van de gedaagden, N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale, een naamloze vennootschap met kvK-nummer 09096519, een oude

	statutaire naam tot 2009 van Vattenfall Energy Trading Netherlands N.V. (productie 4)
Nuon	De groep in de zin van art. 2.24b BW met N.V. Nuon, het huidige Vattenfall N.V., als topholding
Nuon Sales	Eén van de gedaagden, N.V. Nuon Sales Nederland, een naamloze vennootschap met KvK-nummer 09105390 die vanaf 7 oktober 2019 Vattenfall Sales Nederland N.V. heet (productie 3).
ONBW	Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek
SLEA Rapport	Het verslag van deskundige ir. [naam] van SLEA over de kW-Vergoeding en de wijze waarop deze zich verhoudt tot de tarieven die andere energieleveranciers in rekening brachten in de Relevante Periode
Relevante Periode	Twintig jaar voor de datum van de dagvaarding tot en met de datum waarop Vattenfall de kW-vergoeding niet meer aan de Gedupeerden in rekening brengt
SEP	Samenwerkende Elektriciteits-Productiebedrijven N.V.
Splitsingswet	Wet Onafhankelijk Netbeheer van 21 november 2006
Statuten	Statuten van de Stichting
Vattenfall	De gedaagden in deze procedure, te weten Vattenfall Sales Nederland N.V., Vattenfall Energy Trading Netherlands N.V. en Vattenfall Nederland NV. Eerstgenoemde vennootschappen zijn de rechtsopvolgers van de entiteiten waarmee de Gedupeerden contracteerden, Vattenfall Nederland NV is het voormalige NV Nuon, de topholding van de voormalige Nuon-groep.
Vattenfall Sales	Eén van de gedaagden, Vattenfall Sales Nederland N.V., een naamloze vennootschap met KvK-nummer 09105390 en die tot 7 oktober 2019 N.V. Nuon Sales Nederland heette, aldus de handelsregisterhistorie en het uittreksel uit het handelsregister (productie 2).
WAMCA	Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie



I. KERN VAN DE ZAAK EN PLAN VAN BEHANDELING

1. Deze zaak heeft betrekking op jarenlange financiële wanpraktijken door Vattenfall¹, voorheen Nuon. Vattenfall factureerde jarenlang aan een deel van haar zakelijke klanten een vergoeding waar aan de kant van Vattenfall geen dienst of product tegenover stond. Zij gaf in haar facturen en contracten een onjuiste en misleidende omschrijving aan deze vergoeding. Zo wekte Vattenfall de indruk dat de vergoeding wél een doel diende. Vattenfall bracht deze vergoeding gericht in rekening bij klanten waar de kans op ontdekking het kleinst was, en richtte haar verkooporganisatie erop in om deze vergoeding zo veel mogelijk op te kloppen. Deze klanten betaalden hierdoor ongeveer 80% meer dan andere klanten van Vattenfall en die van de concurrent. Het gaat om minstens 5000 klanten, die ieder gemiddeld EUR 4000 per jaar te veel aan Vattenfall betaalden, en dat vaak twintig jaar lang. De Stichting schat de totale schade op minstens EUR 400 miljoen.
2. De vergoeding die Vattenfall ten onrechte in rekening bracht, gaat terug tot de liberalisering van de elektriciteitsmarkt. Doel van deze liberalisering was afnemers in staat te stellen hun leverancier te kiezen. Vanaf 2002 moesten energiebedrijven zich splitsen in een netbeheerder en een leverancier. Ook het voormalige Nuon werd gesplitst, in een netbeheerder (N.V. Continuum) en een elektriciteitsleverancier (N.V. Nuon).
3. Vanwege de splitsing moesten de netbeheerders en leveringsbedrijven afzonderlijk gaan factureren. Vanaf dat moment berekende de netbeheerder de netbeheerkosten, waaronder een vergoeding voor gecontracteerd transportvermogen. Deze vergoeding ziet op het ter beschikking stellen van de maximale netwerkcapaciteit die de klant op enig moment nodig heeft. Die capaciteit wordt uitgedrukt in kW. Alleen de netbeheerder verricht deze dienst, de leverancier kan en mag dat niet. Die laatste stelt immers geen capaciteit op het net beschikbaar.
4. Niettemin bracht Vattenfall, als leverancier, ook een vergoeding voor “gecontracteerd vermogen” in rekening (de **kW-vergoeding**). Die omschrijving leek sterk op de omschrijving die de netbeheerder gebruikte voor de vergoeding voor gecontracteerd transportvermogen. In werkelijkheid deed Vattenfall niets voor deze vergoeding. Voor zover de facturen en contractdocumentatie een verklaring voor de kW-vergoeding gaven, was die onjuist en tegenstrijdig.
5. Vattenfall bracht deze vergoeding gericht bij bepaalde groepen afnemers in rekening. Dit waren partijen met een ‘grootverbruikersaansluiting’ op het elektriciteitsnet. Zo’n aansluiting kan bijvoorbeeld nodig zijn om de piekbelasting van een zware machine op te vangen, of voor de verlichting van een sportveld. De groep grootverbruikers bestaat uit middelgrote en kleine ondernemingen en non-profit instellingen.
6. Voor een belangrijk deel waren dit klanten die geen contract hadden getekend, maar die wel al jarenlang elektriciteit bij Vattenfall afnamen. Veelal waren zij reeds voor de liberalisering klant bij Vattenfall en reageerden zij niet op nieuwe contractaanbiedingen. Vattenfall duidde deze categorie klanten intern aan als “*sleepers*”. Uit een intern report

¹ In het kader van deze korte inleiding worden de gedaagden gezamenlijk gemakshalve aangeduid als “Vattenfall”. De in het vervolg van deze dagvaarding voor de diverse gedaagden gehanteerde definities zullen in onderdeel II.B worden geëxpliciteerd.

van Vattenfall blijkt dat Vattenfall het gebrek aan responsiviteit van deze klantengroep misbruikte door hen ten onrechte de kW-vergoeding in rekening te brengen²:

“In 2006 kent NB circa 4.000 E- klanten [...] die nooit een actief contract hebben getekend. Vanwege de hoge marges die op deze klantgroep worden gerealiseerd, het specifieke gedrag en de afwijkende inkoop wordt deze groep klanten separaat behandeld. [...] De doelstelling m.b.t. tot de sleepers is om de marktwaarde van deze klantgroep te maximaliseren. [...] Vanwege het berekenen van een vastrecht en kW- charge aan de ‘sleeper’ populatie, is het mogelijk hogere marges te realiseren op de contracten van deze groep klanten.” [onderstreping advocaat]

7. Daarnaast blijkt uit informatie van de Stichting dat Vattenfall de kW-vergoeding in sommige gevallen ook in rekening bracht bij klanten van wie het contract was beëindigd maar die nog wel werden beleverd (“floaters”, in Vattenfall-jargon) en klanten van wie het contract was afgelopen en die een nieuw contract hadden getekend (zogenaamde “retentiekanten”). Rode draad was dat de kW-vergoeding werd ingezet bij klanten bij wie de kans op ontdekking het kleinst was. Dit waren partijen uit wier gedrag bleek dat zij geen bijzondere aandacht aan hun energierekening besteedden.
8. Vattenfall moedigde haar salesmedewerkers bovendien aan bij de klant een zo hoog mogelijk bedrag aan kW-vergoeding in rekening te brengen. Volgens een voormalige werknemer van Vattenfall die de Stichting vrijwillig benaderde, werd de kW-vergoeding uitsluitend gebruikt om “de targets te kunnen halen”. Volgens hen was het vast beleid van Vattenfall om “deze slapende honden niet wakker te maken”. Ook het bedrag van de gerekende vergoeding was arbitrair: de accountmanagers mochten “zelf bepalen welk bedrag ze hiervoor offereerden. Het is volledige winst voor Vattenfall”.³ Uit verklaringen van Vattenfall’s sales medewerkers blijkt ook dat hun bonussen, die tot EUR 10.000-20.000 konden oplopen, voor een groot deel van de kW Vergoeding afhankelijk waren. Alles was erop gericht de winst te maximaliseren. De kans dat de klant erachter zou komen, was minimaal.
9. Werden klanten toch “wakker” en stelden zij de kW-vergoeding ter discussie, dan leidde Vattenfall de zaak door naar de juridische afdeling. Vaak werd dan geschikt. Uiteindelijk kwam de zaak rond 2020 alsnog aan het rollen, onder meer doordat het televisieprogramma EenVandaag een uitzending aan deze kwestie wijdde⁴. Ook in die uitzending slaagde Vattenfall er niet in een deugdelijke verklaring voor haar handelen te geven.
10. Van belang is bovendien dat Vattenfall de kW-vergoeding niet in rekening bracht bij haar overige klanten. Dit waren (i) kleinverbruikers (consumenten en zakelijke kleine afnemers) en (ii) grote bedrijven met een hoog energieverbruik. Bij consumenten en kleinverbruikers deed Vattenfall dat niet, omdat de tarieven gereguleerd waren en de vergoeding verder ook in strijd zou zijn met de wettelijke verplichte juiste en transparante facturatie. Bij grote bedrijven met een hoog energieverbruik deed Vattenfall dat niet, omdat dergelijke

² Te weten: het Internal Audit Rapport, productie 1.

³ Zie voor meer detail, § 121 hierna, onder verwijzing naar productie 29.

⁴ Een link naar deze uitzending is te vinden in de voetnoot bij § 91.

bedrijven hun energie-experts laten onderhandelen over contracten en zo tot scherpe afspraken komen.

11. Het komt er dus op neer dat Vattenfall uit winstbejag een deel van haar oudste klanten een vergoeding aansmeerde waartegenover geen dienst stond. Uit onderzoek van de Stichting blijkt dat Vattenfall de enige energieleverancier is die een kW-vergoeding in rekening bracht. Waar de tarieven voor het overige marktconform waren, maakte de kW-vergoeding dat anders. De gedupeerden betaalden gemiddeld 80% meer dan overige klanten van Vattenfall en de klanten van de concurrentie. Vattenfall handelde daarmee in flagrante strijd met haar eigen gedragscode. Deze onderstreept het belang van een integere bedrijfsvoering.
12. De Stichting is opgericht om de gedupeerden in staat te stellen collectief tegen deze praktijken op te komen. De Stichting is niet over één nacht ijs gegaan. Zij heeft eigen onderzoek gedaan; extern onderzoek gefinancierd en de kwestie besproken met gedupeerden en voormalige werknemers van Vattenfall. De Stichting heeft ook meermaals Vattenfall om opheldering verzocht en uitgenodigd voor overleg. Vattenfall gaf en geeft echter nul op het rekest. Ze geeft wisselende en onhoudbare verklaringen voor de kW-vergoeding, en beroept zich op de contractsvrijheid. Gezien deze impasse ziet de Stichting geen andere keuze dan de zaak voor de rechter te brengen.
13. De structuur van deze dagvaarding is als volgt.
 - In hoofdstuk II geeft de Stichting een beschrijving van de procespartijen en van de gedupeerden wier belangen zij in deze procedure behartigt.
 - Hoofdstuk III bevat een meer gedetailleerde bespreking van de feiten.
 - In hoofdstuk IV komen de vorderingen van de Stichting aan bod. De Stichting is primair van mening dat het handelen van Vattenfall zodanig laakbaar is dat dit los van de contractuele relatie een onrechtmatige daad oplevert (onderdeel IV.A.) De Stichting beroept zich in dit kader op onrechtmatige misleiding, zoals onder meer uitgewerkt in art. 6:194 BW (acquisitiefraude, onderdeel IV.A.2) en op schending van de op Vattenfall rustende bijzondere zorgvuldigheidsnorm (onderdeel IV.A.3). Subsidiair beroept de Stichting zich op onverschuldigde betaling. Deze onverschuldigdheid vloeit voort uit het feit dat de kW-Vergoeding niet is overeengekomen, dan wel nietig is wegens strijd met de goede zeden (onderdeel IV.B). Meer subsidiair beroept de Stichting zich op wanprestatie (onderdeel IV.C).
 - In hoofdstuk V bespreekt de Stichting de ten behoeve van de gedupeerden ingestelde geldvorderingen. Die bestaan uit de te veel betaalde kW-vergoeding, de wettelijke rente die daarover is verschoten, en de gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten die de Stichting heeft moeten maken om ten behoeve van de Gedupeerden haar vorderingen geldend te maken.
 - Hoofdstuk VI bespreekt de bekende verweren van Vattenfall.
 - In hoofdstuk VII bespreekt de Stichting enkele aspecten van het collectieve actierecht, te weten: de toepasselijkheid van de WAMCA; de ontvankelijkheid van

de Stichting en de geschiktheid van de onderhavige vorderingen voor collectieve afdoening.

- Hoofdstukken VIII, IX en X zien op de bevoegdheid van deze Rechtbank, het bewijsaanbod en de proceskosten.

II. PARTIJEN

II.A. De Stichting en haar achterban

14. Stichting Nuon Claim (de **Stichting**) is op 12 juni 2020 opgericht en is een rechtspersoon in de zin van art. 3:305a BW. De Stichting behartigt de belangen van (rechts)personen (de **Gedupeerden**) die:
- (i) vanaf 1 januari 2002 of later elektriciteit afnamen van Vattenfall Sales Nederland B.V. (**Vattenfall Sales**) en/of Vattenfall Energy Trading & Wholesalesale B.V. (**Vattenfall ETW**);
 - (ii) de kW-vergoeding gefactureerd kregen en vanaf 1 maart 2002 of later voldeden;
 - (iii) 'grootverbruikers' zijn, in de zin dat zij een elektriciteitsaansluiting van 3 x 80 Ampère of meer hadden⁵ (de **Grootverbruikers**); en
 - (iv) vóór de datum van dagvaarding niet hebben geschikt met Vattenfall (gedefinieerd in § 18).
15. De grootte van de aansluiting zegt overigens niet zoveel over de omvang van het bedrijf of over het totale elektriciteitsverbruik. De omvang van de aansluiting hangt samen met de maximale capaciteit die de klant op enig moment nodig heeft. Een grote aansluiting kan bijvoorbeeld nodig zijn voor een zware machine in een werkplaats of voor de verlichting van een voetbalveld. Het apparaat 'trekt' ineens veel stroom, maar staat mogelijk maar af en toe aan.
16. De Gedupeerden behoren veelal tot het kleine(re) midden- en kleinbedrijf. Te denken valt aan restauranthouders, autoreparatiebedrijven, filialen van winkelketens, kantoorgebouwen en sporthallen. Ook zijn er non-profit instellingen onder de Gedupeerden, zoals scholen, musea, gemeentekantoren, sport- en studentenverenigingen en theaters. Tot de achterban van de Stichting behoren voor zover nu bekend ten minste vijfduizend Gedupeerden. Het totale aantal is mogelijk aanzienlijk groter. Ruim 427 Gedupeerden hebben zich bij de Stichting aangesloten. De Stichting verwacht dat dit aantal na het uitbrengen van deze dagvaarding nog verder zal toenemen.
- ### II.B. Vattenfall
17. De drie gedaagden maakten deel uit van het Nederlandse energiebedrijf Nuon. Door de jaren heen hebben er tal van naamswijzigingen, vennootschappelijke herstructureringen en fusies plaatsgevonden. Voor zover de Stichting kan nagaan, zijn er twee relevante

⁵ Het betreft een relatief kleine groep afnemers. De overgrote meerderheid van afnemers in Nederland heeft een aansluiting van minder dan 3 x 80 Ampère en staat te boek als 'kleinverbruikers'. Dit betreft huishoudens en ondernemingen met een kleinere stroombehoefte.

Nuon-vennootschappen overgebleven, te weten gedaagde sub (i), Vattenfall Sales, en gedaagde sub (ii), Vattenfall ETW. Zij zijn de rechtsopvolgers onder algemene titel van de diverse elektriciteitsleveranciers.

18. De derde gedaagde, Vattenfall N.V. is de oude topholding N.V. Nuon. Nuon is vanaf 2009 stapsgewijs overgenomen door het Zweedse Vattenfall AS. De Stichting spreekt Vattenfall N.V. aan, omdat zij met Vattenfall Sales en Vattenfall ETW verantwoordelijk is voor de gedragingen waartegen deze dagvaarding gericht is. Vattenfall N.V. was immers gedurende de Relevante Periode de centrale, aansturende vennootschap. De Stichting duidt de drie gedaagden in het navolgende gezamenlijk aan als **Vattenfall**.
19. Waar de Stichting een specifieke rechtspersoon op het oog heeft, noemt de Stichting die rechtspersoon bij de naam waaronder die op dat moment opereerde.

III. FEITEN

III.A. Achtergrond: de liberalisering van de energiemarkt

III.A.1. Positie Vattenfall vóór de splitsing

20. Nutsbedrijven leveren producten en diensten van algemeen belang, zoals elektriciteit, gas en drinkwater. De oprichters (vaak gemeentes en lagere overheden) beoogden met deze bedrijven niet alleen rendement te behalen, maar ook om te voorzien in maatschappelijke basisbehoeften. Die achtergrond verklaart ook waarom de elektriciteitsbedrijven tot de liberalisatie van de energiemarkten in het geografische gebied waarin zij werkzaam waren als monopolist opereerden. Zij beschikten van oudsher over het enige aanwezige, door en voor hen aangelegde elektriciteitsnet en zij verzorgden de productie, het transport en de levering van elektriciteit. Zonder concurrentie. Consequentie was dat de klant alleen te maken had met het energiebedrijf van zijn of haar gemeente of regio. De klant had geen keuze tussen leveranciers.
21. Een van die monopolisten was N.V. Nuon. N.V. Nuon en de groep ondernemingen waarin zij direct of indirect de aandelen hield (hierna ook aangeduid als: **Nuon**), vormden een verticaal geïntegreerd energiebedrijf. Dit energiebedrijf beheerste de gehele productieketen, inclusief het transport van de elektriciteit over het elektriciteitsnet. Nuon was vooral actief in Noord-Holland, Gelderland, Friesland en Flevoland. Nuons aandeelhouders waren de provincies en tientallen gemeenten. Nuon transporteerde elektriciteit op haar regionale netten en verkocht en leverde deze aan de klant. Nuon zorgde ook voor de aansluiting van de klant op het net en voor de aanleg en het beheer van het net.
22. Ter illustratie van Nuons ontstaansgeschiedenis wijst de Stichting op de tijdslijn die zij als **productie 5** in het geding brengt. Deze tijdslijn geeft de fusies en overnames in de periode 1987-2014 weer. Het sluitstuk van die ontwikkeling is de vorming van de paar grote energiebedrijven die momenteel in Nederland actief zijn.
23. De verschillende lokale en regionale netten, waaronder de netten van Nuon, waren tot in 2000 met elkaar verbonden via het hoogspanningsnet of koppelnet van de Samenwerkende Elektriciteits-Productiebedrijven N.V. (**SEP**). De verschillende op dat

moment bestaande energieleveranciers waren de aandeelhouders van SEP. Zij 'polden' de door hen geproduceerde elektriciteit op het net van SEP.

III.A.2. De splitsing in netbeheerders en leveranciers

24. Met de invoering van de Elektriciteitswet 1998⁶ gaf de wetgever uitvoering aan nationale en Europese plannen voor hervorming van de elektriciteitsmarkt. Deze plannen zijn te vinden in de Derde Energienota,⁷ de notitie Stroomlijnen naar een markt voor elektriciteit⁸ en de Richtlijn 96/92 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 december 1996 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (de **Elektriciteitsrichtlijn**).
25. De wetswijziging zorgde onder andere voor de overgang van een gemonopoliseerde naar een vrijere markt. Dit gebeurde door middel van de stapsgewijze invoering van de vrijheid van leverancierskeuze:
- (i) per 1 juli 2001 ontstond er een vrije markt voor duurzaam opgewerkte elektriciteit voor alle afnemers;
 - (ii) vanaf 1 januari 2002 kregen grootverbruikers de mogelijkheid om zelf hun elektriciteitsleverancier te kiezen (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 621, nr. 3, p. 2); en
 - (iii) uiterlijk in 2004 kregen ook de kleinverbruikers (afnemers met een aansluiting van minder dan 3*80 Ampère (art. 95a Elektriciteitswet) vrijheid van leverancierskeuze.
26. De regionale elektriciteitsbedrijven verloren aldus met een paar tussenstappen hun regionale monopolie als leverancier. Elektriciteitsbedrijven konden in het vervolg in het hele land elektriciteit aanbieden en daartoe de concurrentie aangaan met andere leveranciers.
27. De tweede belangrijke verandering die met deze wetswijziging werd doorgevoerd, is de splitsing van elektriciteitsbedrijven in een leveringsbedrijf en een netbeheerder. Omdat de netbeheerder een natuurlijk monopolie heeft, was dit een noodzakelijke stap om de vrije leverancierskeuze mogelijk te maken. De wetgever had voor ogen dat de netbeheerder het net op niet-discriminerende voorwaarden open moest gaan stellen voor alle producenten, handelaren, leveranciers en afnemers van elektriciteit. De functiescheiding waarborgde de onafhankelijkheid van de netbeheerder.⁹

⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 621, nr. 3 MvT.

⁷ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 525, nrs. 1-2, bijlage 3.

⁸ Notitie 'Stroomlijnen naar een markt voor elektriciteit. Opzet voor een nieuwe elektriciteitswet', Ministerie van Economische Zaken, 1996.

⁹ *Kamerstukken II 1997/98*, 25261, nr. 3, p.10-11: "De voorzieningen die opgenomen zijn om de onafhankelijke werkwijze van de netbeheerder te waarborgen, zijn te vinden in de artikelen 16, derde en vierde lid, 17, 18, 22, tweede lid, 23, derde lid, en 24. De netbeheerders hebben exclusieve taken, waarmee anderen zich niet mogen bemoeien. Deze exclusiviteit betekent echter ook dat zij zich niet dienen in te laten met commerciële taken die niet strikt verbonden zijn met hun beheerstaak en dat het hun verboden is om productie- of distributiebedrijven op bepaalde wijzen te bevoordelen. Wel mag uiteraard een redelijke winst op het geïnvesteerde vermogen worden uitgekeerd. Vanuit het netbeheer behoren geen speciale voordelen uit hoofde van cash-flow, vermogenspositie of informatieoverdracht

28. Hiertoe dienden de elektriciteitsbedrijven hun netbeheerder organisatorisch af te scheiden van het productie- en leveringsbedrijf (art. 7 lid 6 Elektriciteitsrichtlijn) en onder te brengen in afzonderlijke vennootschappen. Netbeheerbedrijven moesten een eigen boekhouding en bedrijfsvoering hebben.
29. De netbeheerder werd als enige verantwoordelijk voor de wettelijke beheerstaken.¹⁰ Deze taken omvatten de aanleg en instandhouding van het net; het verzorgen van aansluiting daarop en het verrichten van transport van elektriciteit over het net en de aansluiting. De transportverantwoordelijkheid van de netbeheerder omvat een ruim scala aan taken die zijn opgesomd in art. 16 lid 1 Elektriciteitswet. Zo stelt de netbeheerder transportcapaciteit beschikbaar op de aansluitingen met het net. Verder monitort de beheerder de transportcapaciteit van het net; verzorgt hij het onderhoud en zorgt hij voor verzwaring van het net wanneer er structureel sprake is van een tekort aan transportcapaciteit.
30. Het werd producenten en leveranciers van, en handelaren in elektriciteit verboden om zich te bemoeien met de werkzaamheden van de netbeheerder (art. 16 lid 3 Elektriciteitswet).
31. Ter uitvoering van deze wetwijziging bracht Nuon vanaf 1 januari 2002 de functies netbeheer en levering onder in verschillende bedrijfsonderdelen:
- (i) de levering vond plaats via de leverancier, achtereenvolgens N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale (**Nuon ETW**), N.V. Nuon Business (**Nuon Business**), N.V. Nuon Sales (**Nuon Sales**) en N.V. Vattenfall Sales (**Vattenfall Sales**) en
 - (ii) het netbeheer vond plaats via N.V. Continuon Netbeheer (**Continuon**), tegenwoordig Liander N.V.
32. Het gevolg van de functiescheiding tussen levering en transport was dat Nuon-klanten met verschillende Nuon-onderdelen te maken kregen.
33. Niet alle afnemers hadden een schriftelijke overeenkomst met hun leverancier, terwijl zij toch elektriciteit bleven afnemen. Die situatie duurde in veel gevallen voort tot jaren na de functiescheiding.¹¹

III.A.3. Tarifering door de netbeheerder

34. Om te waarborgen dat de netbeheerder zijn natuurlijke, in de wet verankerde monopolie niet kan misbruiken door bij aangeslotenen onredelijke tarieven te bedingen voor aansluiting en transport, stelt de toezichthouder jaarlijks de maximale tarieven vast die de netbeheerders voor hun diensten in rekening mogen brengen. Dit zijn de zogeheten transport- en aansluittarieven. Deze toezichthouder is (tegenwoordig) de ACM.¹²

toe te vloeien naar de marktpartij die eigenaar van het net is. Bovendien mogen zij niet discrimineren tussen hun potentiële klanten.”

¹⁰ *Kamerstukken II 1997/98*, 25261, nr. 3, p. 9, art. 7 en 10 Elektriciteitsrichtlijn, geïmplementeerd in art. 10 e.v. Elektriciteitswet.

¹¹ Zie Internal Audit Rapport, productie 1.

¹² Aanvankelijk was de DTe de toezichthouder op de energiemarkt. In 2005 ging zij op in de ACM, zie § 41 hierna.

35. Bij de invoering van dit systeem benadrukte de wetgever het belang van duidelijkheid over de verschillende tarieven voor de afnemer. Zo benadrukte de wetgever dat de netbeheerder een strikte scheiding diende aan te brengen tussen de verschillende te factureren kostenposten.¹³ De wetgever liet nog wel toe dat de leverancier en netbeheerder hun diensten geïntegreerd in één contractueel pakket aanboden.¹⁴ De afnemer mocht daarbij echter niet slechter af zijn dan in de situatie waarin er twee afzonderlijke contractuele relaties zouden zijn. De geïntegreerde benadering mocht voor de afnemer dus geen nadeel of extra kosten met zich meebrengen. In de parlementaire geschiedenis is dit als volgt verwoord:¹⁵

“Het onderscheid in een leveringscomponent en een netwerkcomponent zal aan de beschermde afnemers duidelijk moeten worden uitgelegd. De afnemer moet uit zijn elektriciteitsnota direct kunnen aflezen welk bedrag hij betaalt voor beide componenten. Ook op de tariefbladen, zoals die door de vergunninghouders worden gehanteerd, zal dit onderscheid tot uitdrukking gebracht moeten worden. Deze verplichtingen zullen worden neergelegd in de voorschriften, verbonden aan de leveringsvergunning. Ook een beschermde afnemer heeft strikt gesproken een overeenkomst met zowel de vergunninghouder als met de netbeheerder. Er bestaat echter geen enkel bezwaar tegen dat de vergunninghouder een pakket aanbiedt waarin beide overeenkomsten geïntegreerd zijn en waarbij de vergunninghouder als het ware de netwerkdienst voor de beschermde afnemer «inkoopt». Uiteraard mag dit voor de afnemer geen nadeel of extra kosten met zich meebrengen ten opzichte van een situatie waarin sprake zou zijn van twee afzonderlijke contractuele relaties.”

36. In de algemene voorwaarden voorzag Vattenfall nadrukkelijk in de mogelijkheid dat Vattenfall de diensten van de netbeheerder doorberekende. Vattenfall benadrukte daarbij dat het om een dienst door een afzonderlijke partij ging en dat zij daarvoor geen enkele verantwoordelijkheid droeg (**productie 6**).¹⁶

¹³ *Kamerstukken II 1997/98, 25621, nr. 3, p. 14*: “Om te voorkomen dat er tussen de kosten voor aansluiting en transport afwenteling kan plaatsvinden, dienen netbeheerders deze kosten apart bij te houden in hun administraties.”

¹⁴ Overigens vond de wetgever het ook van groot belang dat de netbeheerder een strikte scheiding zou aanhouden tussen de verschillende kostenposten die hij in rekening zou brengen (*Kamerstukken II 1998/98, 25621, nr. 3, p. 14*): “Om te voorkomen dat er tussen de kosten voor aansluiting en transport afwenteling kan plaatsvinden, dienen netbeheerders deze kosten apart bij te houden in hun administraties.”

¹⁵ *Kamerstukken II 1997/98, 25621, nr. 3 MvT, p. 13*.

¹⁶ Zie art. 8 lid 7 van de Algemene Voorwaarden van Nuon voor de levering van elektriciteit aan de vrije zakelijke markt 1 juli 2003: “Indien overeengekomen met zowel de Afnemer als met de Netbeheerder, draagt de Afnemer er zorg voor en zal zij bewerkstelligen dat de netbeheerder, bedoeld in artikel 4.1, de nota’s ter zake van het transport en kosten die de Netbeheerder bij Afnemer in rekening brengt, op naam van de Afnemer stelt doch adresseert aan Nuon. Nuon stuurt zo mogelijk de Afnemer maandelijks een nota waarop zowel de kosten van de geleverde elektriciteit als de transportkosten separaat staan vermeld. De Afnemer is zich er uitdrukkelijk van bewust dat betaling van de transportkosten door Nuon de Transportovereenkomst tussen de Afnemer en de Netbeheerder onverlet laat, hetgeen o.a. meebrengt dat Nuon ter zake geen enkele verantwoordelijkheid draagt.”

37. Eén van de gereguleerde tarieven die Nuons eigen netbeheerder Continuum bij aangeslotenen in rekening bracht, was de vergoeding voor gecontracteerd transportvermogen. Als gezegd bleef ook Vattenfall na de splitsing een vergoeding in rekening brengen onder een sterk gelijkende naam. Een goed begrip van deze post in relatie tot de werkzaamheden van enerzijds de netbeheerder en anderzijds de elektriciteitsleverancier is daarom van belang.

III.A.4. Netbeheerder factureert gecontracteerd transportvermogen

38. De hoeveelheid elektriciteit (of: capaciteit) die het elektriciteitsnetwerk op een moment in de tijd kan doorlaten is beperkt. In de aansluit- en transportovereenkomst (de **ATO**) die de netbeheerder met aangesloten verbruikers sluit, stelt de netbeheerder op de aansluiting een bepaalde transportcapaciteit of transportvermogen beschikbaar. De omvang daarvan is gebaseerd op het maximale gebruik (de piekbehoefte) van de aangesloten verbruiker. Zo is het mogelijk dat de verbruiker het grootste deel van de dag nauwelijks stroom verbruikt, maar incidenteel een heel zware machine aanzet. De op de aansluiting beschikbaar gestelde transportcapaciteit legt een claim op de beschikbare transportcapaciteit van het net op enig moment. Wanneer die zware machine een uur aan staat moet er op dat moment voldoende capaciteit zijn om in de vraag te voorzien. Om overbelasting te voorkomen, moet het totale gecontracteerde transportvermogen kleiner zijn of gelijk zijn aan de capaciteit van het net.
39. De netbeheerder is verantwoordelijk voor de aanleg en instandhouding van het net. Aan het ter beschikking stellen van transportcapaciteit worden kapitaalkosten voor aanleg (rente en afschrijving) en instandhouding (service en onderhoud) toegerekend. De beschikbaar gestelde maximale transportcapaciteit en het tarief dat de netbeheerder daarvoor rekent, liggen vast in de ATO. De transportcapaciteit wordt uitgedrukt in kiloWatt (**kW**). Het tarief voor de beschikbaarstelling van de maximale transportcapaciteit wordt in het tariefbesluit van de ACM uitgedrukt in “kW max/jaar”. Dit wordt het “capaciteitstarief” genoemd. Op basis van dit tarief stelt de netbeheerder de maandelijkse kW-vergoeding voor aangesloten gebruikers vast en brengt hij dit in rekening volgens de formule: gecontracteerd transportvermogen in kW x tarief per kW.
40. De begrippen kW-vergoeding, ‘capaciteitsvergoeding’ en ‘vergoeding gecontracteerd transportvermogen’ hebben in de energiebranche allemaal dezelfde betekenis. De begrippen zien alle op de vergoeding die de netbeheerder in rekening brengt voor het beschikbaar stellen van transportcapaciteit op het stroomnet; niet op de elektriciteitsleverantie zelf. Dit onderscheid raakt de kern van het geschil.
41. Uit de correspondentie tussen Vattenfall en afnemers blijkt dat Vattenfall oorspronkelijk als doorgeefluik fungeerde voor de netbeheerder, en dat zij de diensten van de netbeheerder in lijn met de Elektriciteitswet afzonderlijk in rekening bracht bij haar klanten. Ter illustratie verwijst de Stichting naar een brief van Nuon Infraservices B.V. van 19 juli 2004 (**productie 7**) waarin staat: “Hiermee berichten wij u, namens N.V. Continuum Beheer...” In de bijlage bevindt zich een contract, waarin Continuum zelf als contractspartij optreedt. Artikel 6 van het contract vermeldt:

“[Voor] de aansluiting, het beschikbaar stellen en houden van het gecontracteerde transportvermogen en het transport van elektriciteit zijn vergoedingen verschuldigd

conform de door de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) vastgestelde TarievenCode".¹⁷

42. Andere contracten met Continuon bevatten vergelijkbare bepalingen. Bij wijze van voorbeeld verwijst de Stichting naar het contract dat klant A in 2006 met N.V. Continuon Netbeheer aanging (**productie 8**) en het contract tussen Continuon en klant B uit 2012 (**productie 9**). Deze overeenkomsten bevatten ten aanzien van het gecontracteerd transportvermogen dezelfde bewoordingen. De capaciteitsvergoeding is in de facturen van Continuon (**productie 10**) en, later, Liander afgekort als "gecontracteerd transportverm." (**productie 11**).
43. De voorbeelden laten zien dat de netbeheerder, aanvankelijk onder de naam Continuon en sinds 2008 als Liander, aan aangeslotenen een vergoeding voor gecontracteerd transportvermogen in rekening brengt. Deze post ziet op de beschikbaar gestelde transportcapaciteit op het net.

III.A.5. Tarifering door de leverancier

44. De tarieven die de leverancier bij Grootverbruikers in rekening brengt voor geleverde elektriciteit zijn in beginsel vrij. De wetgever had immers een vrije markt voor de levering van elektriciteit aan Grootverbruikers voor ogen.
45. De rekening van de energieleverancier bestond vanaf het moment van de functiescheiding in 2002 uit de volgende bestanddelen:
- (i) het leveringstarief: in de leveringsovereenkomst voor elektriciteit is het gangbaar om tarieven af te spreken voor een langere of kortere periode. Het leveringstarief valt doorgaans uiteen in een piek- en dalstarief. Er wordt afgerekend per kilowattuur (**kWh**). De term kilowattuur is een eenheid die een bepaalde hoeveelheid elektriciteitsverbruik uitdrukt¹⁸. De term kilowatt, zonder de toevoeging "uur" wordt in de energiebranche gebruikt om het beschikbare vermogen uit te drukken. Een leverancier stelt echter geen vermogen beschikbaar, maar levert stroom. Alleen de netbeheerder stelt op de aansluiting van een aangeslotene transportvermogen ter beschikking. Om stroom in te kopen contracteert een leverancier evenmin capaciteit. De leverancier koopt de stroom onder een *power purchase agreement* met de eigenaar van een opwekinstallatie (bijvoorbeeld een windpark of zonnepark), op de *day-ahead* beurs EPEX of op de *forward* beurs ICE Endex. In geen van deze gevallen koopt de leverancier "capaciteit" in. Sterker nog, er valt voor een leverancier geen capaciteit in te kopen. De netbeheerder brengt capaciteit immers direct bij de afnemer in rekening;
 - (ii) het vastrecht: leveranciers kunnen in een vrije markt een verbruiksonafhankelijk tarief bedingen. Vattenfall deed dat ook. Naar mate de verbruiksonafhankelijke kosten van een leverancier hoger zijn en het verbruik door de afnemers afneemt (bijvoorbeeld door energiebesparende maatregelen), kan er geschoven worden

¹⁷ De DTe was de toezichthouder voor de elektriciteitssector. In 2005 wijzigde de DTe haar naam in Directie Toezicht Energie en ging zij op in de NMa.

¹⁸ Te weten, 1000 watt per uur, waarbij 1 watt staat voor 1 joule per seconde.

tussen de kWh-prijs en het 'vastrecht'. Zo kan zeker worden gesteld dat er voldoende dekking blijft voor verbruiksonafhankelijke kosten van een leverancier. Dit vastrecht heeft echter niets met de capaciteit van de aansluiting te maken. Het vastrecht zal ook nooit als een kW-bedrag worden uitgedrukt;

- (iii) belastingen en overheidsheffingen: de energiebelasting, de opslag duurzame energie-en klimaattransitie¹⁹ en de btw; en
- (iv) de energiebelastingvermindering; dit is een vast bedrag dat wordt afgetrokken van de energiebelasting, omdat de overheid het standpunt hanteert dat iedereen een bepaalde hoeveelheid elektriciteit en gas nodig heeft om te kunnen leven. De overheid geeft daarom compensatie op de energiebelasting.

III.A.6. De Splitsingswet: netbeheerder en leveringsbedrijf gaan hun eigen weg

46. Op 21 november 2006 trad de Wet Onafhankelijk Netbeheer (de **Splitsingswet**) in werking. Deze wet vormt een aanvulling op, onder andere, de Elektriciteitswet. Met de Splitsingswet deed het groepsverbod zijn intrede. Als gevolg daarvan mogen de functies netbeheer enerzijds en productie en levering anderzijds niet langer binnen een groep ondernemingen verenigd zijn.²⁰

47. Met de verdergaande splitsing van de regionale geïntegreerde energiebedrijven in afzonderlijke netbeheerders en energieproducenten en -leveranciers beoogde de politiek een "economisch efficiëntere energievoorziening in Nederland" mogelijk te maken.²¹ Dit moest leiden tot voor afnemers transparantere tarieven zonder verborgen kosten, zo blijkt uit de volgende overweging in de Memorie van Toelichting:

"Hierdoor worden voor de producenten, leveranciers of handelaren alle mogelijkheden weggenomen om zichzelf uit de opbrengsten van de netbeheerder, die thans onderdeel uitmaakt van dezelfde groep, te bevoordelen ten opzichte van hun concurrenten. Kruissubsidiëring wordt zodoende volledig uitgesloten."²²

48. Het groepsverbod trad op 1 juli 2008 in werking. De geïntegreerde energiebedrijven, zoals Nuon, die zich met zowel netbeheer, als de productie, handel en levering van elektriciteit

¹⁹ De opslag duurzame energie- en klimaattransitie (ODE) is een heffing op het gebruik van aardgas en elektriciteit waarmee de productie van duurzame energie en het terugdringen van CO₂ wordt gestimuleerd.

²⁰ De Splitsingswet bevat drie hoofdbestanddelen, namelijk (a) de overdracht van het beheer van de hoogspanningsnetten met een spanningsniveau 110-150 kV aan TenneT; (b) de creatie van zogenaamde "vette netbeheerders", die ook over de economische eigendom van het net beschikken en (c) de invoering van het groepsverbod.

²¹ *Kamerstukken II 2004/05*, 30212, nr. 3 MvT, p. 3 "Dit wetsvoorstel bestaat in hoofdzaak uit twee elementen die beide aan deze doelstelling bijdragen: de splitsing van de regionale geïntegreerde energiebedrijven en de overdracht van het beheer van netten van 110 en 150 kV aan de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet. Het eerste leidt tot een structureel onafhankelijk beheer van de distributienetten voor elektriciteit en gas waardoor eerlijker concurrentie tussen partijen over deze netten kan plaatsvinden. Dit heeft een economisch efficiëntere energievoorziening in Nederland tot gevolg."

²² *Kamerstukken II 2004/05*, 30212, nr. 3 MvT, p. 3.

bezigielden, kregen tot 1 januari 2011 de tijd om de vereiste splitsing tot stand te brengen.

49. Op 1 juli 2008 kondigde Nuon de splitsing van het bedrijf in een netwerkbedrijf en een productie- en leveringsbedrijf aan. Beide onderdelen opereerden vanaf dat moment zelfstandig (**productie 12**). Het productie- en leveringsbedrijf ging verder onder de naam Nuon. Netbeheerder Continuon ging zelfstandig verder, aanvankelijk onder eigen naam en vanaf 15 november 2008 onder de naam Liander, onderdeel van Alliander (**productie13**).
50. In februari 2009 maakten Nuon en Vattenfall bekend dat het Zweedse Vattenfall Nuon in fasen zou gaan overnemen (**productie 14**).
51. Op 4 oktober 2018 maakten Vattenfall bekend dat de naam Nuon geleidelijk zou verdwijnen en plaats zou maken voor de naam van het moederbedrijf: Vattenfall. Vanaf 7 oktober 2019 hanteert het bedrijf alleen nog de naam Vattenfall.

III.B. Vattenfall factureerde vanaf 2002 ten onrechte de kW-vergoeding

III.B.1. De kW-vergoeding in de facturen en overeenkomsten van Vattenfall

52. Voor de liberalisering van de energiemarkt was Nuon een verticaal geïntegreerd elektriciteitsbedrijf; zij was binnen het verzorgingsgebied zowel leverancier als netbeheerder. Nuon bracht in haar functie van netbeheerder bij haar afnemers een vergoeding voor gecontracteerd transportvermogen in rekening.
53. Vanaf de vrijmaking van de energiemarkt in 2002 werd het de exclusieve taak van de netbeheerder in het betreffende verzorgingsgebied om op de aansluiting transportcapaciteit beschikbaar te stellen. Daarvoor bracht en brengt de netbeheerder een gereguleerd tarief in rekening, berekend per kW.²³
54. Na de functiescheiding op 1 januari 2002 bleven de Nuon-entiteiten die leverancier zijn diezelfde post in rekening brengen bij de Gedupeerden. Van hun kant stond daar geen dienst meer tegenover. De leveranciers brachten deze post onder meer onder de aanduiding “vergoeding gecontracteerd vermogen” of simpelweg “gecontract. vermogen” in rekening. Ter illustratie verwijst de Stichting naar de factuur aan klant C van 8 januari 2021 (**productie 15**). Ook verwijst de Stichting naar de overeenkomst met klant D van 1 december 2006 (**productie 16**) waaruit de relevante tekst hieronder is gekopieerd:

²³ In de praktijk brengen netbeheerders de door de toezichthouder vastgestelde maximumtarieven in rekening.

Leverancier

N.V. Nuon Business (hierna: "Nuon"), onderdeel van de Nuon-groep KvK 09103294

Contractprijs en contractduur

Geef hieronder uw voorkeur voor de duur van de Leveringsovereenkomst aan

Mijn keuze	Startdatum	Einddatum	Piek €ct/kWh	Dal €ct/kWh	Vaste Vergoeding €/maand per Leverpunt	Kilowatt Vergoeding €/kW/jaar
X	I-I-2007	3I-I2-2009	7,52	4,55	26,27	55,00
	I-I-2007	3I-I2-20II	7,36	4,46	25,71	53,85

55. De kW-vergoeding die Vattenfall vanaf 2002 in rekening bleef brengen, volgt dezelfde formule als de vergoeding voor gecontracteerd vermogen die de netbeheerder in rekening brengt, namelijk gecontracteerde capaciteit in kW x tarief per kW.
56. In de Algemene Voorwaarden voor de levering van elektriciteit aan de zakelijke markt van Vattenfall, versie 1 januari 2007 (**productie 17**) noemt Vattenfall het gecontracteerd vermogen, maar licht zij dit niet toe.²⁴
57. De wijze waarop de kW-vergoeding op de facturen van Vattenfall wordt vermeld kent twee varianten. In het ene geval vermeldt Vattenfall de kW-vergoeding als een tussenregel in de specificatie (**productie 18**):

Elektriciteit – specificatie

Leveringsperiode 1 november 2018 t/m 30 november 2018

Omschrijving	Verbruik	Prijs	Bedrag exd. BTW	BTW%
Vaste vergoeding elektriciteit	-	-	24,50	21%
Verbruik piekuren	16.784 kWh	0,05300	889,55	21%
Verbruik daluren	7.432 kWh	0,04450	330,72	21%
Vergoeding gecontr. vermogen	103 kW	3,76000	387,28	21%
Energiebelasting (EB) zone 3	24.216 kWh	0,01404	339,99	21%
Opslag duurzame energie (ODE) zone 3	24.216 kWh	0,00480	116,24	21%
EB vermindering	-	-	-25,71	21%

58. In de andere variant vermeldt Vattenfall de kW-vergoeding als een afzonderlijke regel onderaan (**productie 19**):

Levering elektriciteit – specificatie

Leveringsperiode 1 oktober 2010 t/m 31 oktober 2010

Omschrijving	Verbruik	Prijs	Bedrag excl. BTW	BTW%
Vaste vergoeding elektriciteit	-	-	39,95	19%
Verbruik piekuren	6.331 kWh	0,09390	594,48	19%
Verbruik daluren	783 kWh	0,04810	37,66	19%
Energiebelasting (EB) zone 3	7.114 kWh	0,01080	76,83	19%
EB vermindering	-	-	-26,55	19%
Vergoeding gecontr. vermogen				
Omschrijving	Verbruik	Prijs	Bedrag excl. BTW	BTW%
1 okt 2010 t/m 31 okt 2010	60 kW	4,36000	261,60	19%

24

Algemene Voorwaarden Nuon versie 1 januari 2007: "Leveringsovereenkomst: de overeenkomst voor de Levering tussen Nuon en de Afnemer waarop deze alsmede de transactie gebonden gegevens, zoals de leveringsperiode, het gecontracteerd vermogen (capaciteit) [onderstreping, advocaat], het leveringsprofiel, de hoeveelheid gecontracteerde elektriciteit (volume), de prijs, het Netaansluitpunt, de EAN code, e.d."

59. Per saldo is er geen relevant verschil: in beide gevallen ontbreekt iedere grondslag voor de kW-vergoeding.

III.B.2. De klanten bij wie Vattenfall de kW-vergoeding in rekening bracht

60. Uit het onderzoek van de Stichting blijkt dat Vattenfall de kW-vergoeding door de jaren heen bewust inzette bij bepaalde nauw af te bakenen groepen zakelijke klanten, en wel op zodanige wijze dat de kans op ontdekking en klachten zo klein mogelijk was.

61. Uit het 'Internal Audit Rapport Nuon Business Marketing & Sales Processen versie 2.0' (het **Internal Audit Rapport**, productie 1) uit 2006 blijkt dat Vattenfall haar zakelijke klanten op dat moment onderverdeelde in vier categorieën (p. 11-12):

- (i) "*prospects*", oftewel potentiële klanten, waarbij een onderscheid bestond tussen *inbound*- en *outbound prospects*. *Inbound prospects* waren potentiële klanten die zelf Nuon benaderden om een aanbieding van Nuon te krijgen voor energielevering. *Outbound prospects* waren potentiële klanten die op basis van bijvoorbeeld bellijsten werden benaderd. Nuon Sales had daarvoor op dat moment een tele-sales team;
- (ii) "*retentiekanten*", klanten van wie het lopende contract op korte termijn zou aflopen;
- (iii) de ongeveer 5.000 klanten die Vattenfall in het sales jargon oneerbiedig aanduidde als "*sleepers*". Dit was de categorie klanten die nooit een contract getekend hadden, maar die wel elektriciteit van Vattenfall afnamen. Het betrof bijvoorbeeld partijen die al voor de marktliberalisering klant waren. Deze klanten kregen volgens intern beleid van Vattenfall ieder jaar een aanbieding voor een contract, maar reageerden daar dikwijls niet op en
- (iv) de "*floaters*", klanten van wie het actieve contract was geëindigd, maar die nog steeds beleverd werden. Het ging hier mogelijk om klanten die in het kader van een retentiecampaagne niet aangeschreven waren of waarbij Vattenfall er ten onrechte van uit ging dat er voor deze klant wel een contract gesloten was.

62. Het Internal Audit Rapport vermeldt op p. 21 dat de "*sleepers*" altijd werden aangeslagen voor de kW-vergoeding. Vattenfall zag deze categorie als bijzonder waardevol omdat zij daarop door de inzet van de kW-vergoeding de hoogste marges haalde:

"4.2.2 Sleepers In 2006 kent NB circa 4.000 E- klanten en 399 G-klanten die nooit een actief contract hebben getekend. Vanwege de hoge marges die op deze klantgroep worden gerealiseerd, het specifieke gedrag en de afwijkende inkoop wordt deze groep klanten separaat behandeld. De Group Customer Manager is verantwoordelijk voor zowel de marktbenadering, als de sourcing van deze klanten. De doelstelling m.b.t. tot de sleepers is om de marktwaarde van deze klantgroep te maximaliseren. Dit wordt bewerkstelligd door een combinatie van 'operational excellence', optimale sourcing strategie en service differentiatie per sub-segment. De sleepercontracten hebben een oneindige looptijd, maar een opzegtermijn van 3 maanden. De strategie voor E- sleepers is er op gericht de klanten te behouden. Minimaal éénmaal per jaar wordt deze groep aangeschreven. In de brief wordt een prijsaanbieding gedaan en wordt de klant gevraagd deze te tekenen. Wanneer de



klant de aanbieding accepteert, wordt hij daarmee een actieve klant. Omdat een meerjarig contract wordt aangeboden, wordt daarmee het behoud van de klant voor minimaal drie jaar gegarandeerd. Wanneer de klant niet accepteert, geldt automatisch een hogere jaarprijs. Vanwege het berekenen van een vastrecht en kW-charge aan de 'sleeper' populatie, is het mogelijk hogere marges te realiseren op de contracten van deze groep klanten [onderstreping advocaat]."

63. In de kern betekent dit dat Vattenfall een hogere rekening presenteerde aan de klanten die al jarenlang energie van haar afnamen en geen vragen stelden.
64. Aangezien *floaters* en retentiekanten vanuit een bestaande rechtsverhouding met Vattenfall kwamen, droegen zij in potentie ook de kW-vergoeding af. De Stichting beschikt over honderden facturen met daarin de kW-vergoeding. Dat betekent dat de Gedupeerden bestaan uit:
- (i) *floaters* met een oud, afgelopen contract, maar zonder lopend contract;
 - (ii) retentiekanten, te weten bestaande klanten die een nieuw contract met de Leverancier hebben gesloten; of
 - (iii) klanten die in de Relevante Periode *sleeper*, *floater* en/of retentiekant zijn geweest.
65. In 2017 deed Vattenfall ten minste 5.536 contractaanbiedingen waarin de kW-vergoeding was opgenomen. Dit volgt uit een schermafdruck die in 2017 door een medewerker van Vattenfall is gemaakt (**productie 20**). Het overzicht in de schermafdruck laat zien dat Vattenfall in dat jaar 1.277 offertes uitbracht voor tarieven met een piek- en dal tarief én een kW-vergoeding ("*peak / off peak kw charge*"). Ook bracht Vattenfall aan 4.259 klanten een aanbieding uit met de omschrijving "*herprijs peak / off peak kw charge*".
66. De schermafdruck laat ook de zogeheten *conversion rate* zien. Dat is het percentage klanten dat inging op de offerte en daarmee van *sleeper* of *floater* veranderde in een retentiekant. Ging een klant met een aflopend contract niet op de offerte in, dan betekent dat niet per se dat de klant overstapte naar een andere leverancier. Een klant met een afgelopen schriftelijke overeenkomst die niet in ging op een nieuwe offerte maar wel elektriciteit bleef afnemen van een Leverancier werd, in het jargon van Vattenfall, immers een *floater* (zie hiervoor § 61(iv)).

III.B.3. Vattenfall geeft onjuiste en wisselende verklaringen voor de kW-vergoeding

67. Vattenfall gaf door de jaren heen wisselende en steeds onjuiste verklaringen voor de kW-vergoeding. In de toelichting bij een factuur van 14 november 2010 (productie 19) vermeldde Vattenfall over het gecontracteerd vermogen het volgende:

"Wat is 'gecontracteerd vermogen'?"

Dit is gedefinieerd als het vermogen dat een gebruiker verwacht maximaal op enig moment in het jaar nodig te hebben en wordt zowel door de leverancier als door de netbeheerder in rekening gebracht. De leverancier factureert de kosten voor het maximale vermogen omdat op basis van dit afgesproken vermogen energie wordt ingekocht en behoefteplanningen worden gemaakt. De netbeheerder brengt dit

vermogen in rekening omdat hij op basis hiervan een installatie moet aanbrengen die in staat is dit vermogen te leveren.”

68. Een vergelijkbare toelichting was te vinden op de “toelichtingspagina elektriciteit” in deze factuur. Daarin vermeldde Vattenfall ook dat het gecontracteerd vermogen het maximaal verwachte gebruiksvermogen van de klant is en dat zowel netbeheerder als leverancier deze post factureren. Volgens Vattenfall zou de post ‘gecontracteerd vermogen’ ter dekking van kosten voor inkoop en behoefteplanning dienen.
69. Deze verklaring voor de kW-vergoeding is onjuist. Vattenfall koopt geen elektriciteit in op basis van vermogen; zij koopt profielen in. Daarnaast is de verklaring strijdig met de werkwijze van de netbeheerder, zoals die volgt uit de Elektriciteitswet (waarover hiervoor in §§ 38 e.v. en 44 e.v.).
70. Bij de profielmethodiek behandelt de inkoper/leverancier grote groepen afnemers als waren zij één collectieve afnemer. De veronderstelling is dat ze per kwartier op dezelfde wijze energie afnemen. Dat is het standaardprofiel. Door dit standaardprofiel te koppelen aan de laatste vastgelegde verbruiksgegevens worden standaardprofielen enigszins geïndividualiseerd. Zodra een nieuwe meterstand wordt vastgelegd, verrekent de leverancier verschillen tussen het berekende verbruik en het gemeten verbruik. Dit maakt het werk van de afdeling inkoop van de leverancier relatief eenvoudig. De inkoper verdiept zich niet in bijzonderheden van de klant. Alleen het jaarvolume en de aansluitcategorie tellen. Informatie over de transportcapaciteit, piekverbruik en de zwaarte van de aansluiting is overbodig bij afnemers met een aansluiting met capaciteit van maximaal 100 kW.²⁵ De meeste Grootverbruikers hebben een dergelijke aansluiting. Dit betekent ook dat vrijwel alle Gedupeerden binnen deze categorie vallen. Deze Grootverbruikers worden in de markt ook wel aangeduid als ‘profielafnemers’.
71. Voor een uitgebreide toelichting op de profielmethodiek verwijst de Stichting naar onderdeel 2.1.3.1 van het rapport van een onderzoek dat zij heeft laten verrichten door de heer [naam] van onderzoeksbureau SLEA (het **SLEA Rapport, productie 21**).
72. De inkoop van die profielen (verbruik, kWh) is niet gerelateerd aan het transportvermogen dat de netbeheerder met de individuele klanten op hun aansluitingen contracteert. Dat Vattenfall met de profielmethodiek werkte, blijkt duidelijk uit het Internal Audit Rapport. Daarin is beschreven dat het relatief gemakkelijk is om voor de sleepers de omvang van de door hen gebruikte elektriciteits-volumes in te schatten. Dat stelde Vattenfall dan weer in staat deze volumes in een vroeg stadium in te kopen (Internal Audit Rapport, productie 1, p. 21-22.).
73. Ook de toelichting van Vattenfall over de tarifiering van de netbeheerder was onjuist. De kosten voor de installatie van de aansluiting op het net worden namelijk gedekt door het aansluittarief dat de netbeheerder eenmalig, niet maandelijks, in rekening brengt. De capaciteitsvergoeding die de netbeheerder periodiek in rekening brengt, berust op een toerekening van kapitaalslasten en de kosten van instandhouding van het net en andere activa (exclusief de aansluitingen) van de netbeheerder. De capaciteitsvergoeding heeft

²⁵ Het gaat dan om de aansluitcategorieën E1, E2 en E3. De meeste kleine grootverbruikers hebben een aansluiting van categorie E3.

géén relatie met de aansluiting die de netbeheerder aanbrengt om vermogen beschikbaar te maken. Deze tarieven worden vastgesteld door de wettelijk aangewezen toezichthouder, de ACM.

74. In de loop der tijd klaagde een aantal klanten bij Vattenfall Sales over de kW-vergoeding. De Stichting is bekend met de inhoud van een aantal klachten. Deze klanten stelden dat Vattenfall de kW-vergoeding niet in rekening mocht brengen, omdat het aan de netbeheerder was om een dergelijke post op te voeren. Zij stelden ook dat Vattenfall geen dienst verricht voor de kW-vergoeding. Ook in haar reactie op die klachten gaf Vattenfall steeds wisselende, onjuiste verklaringen voor de kW-vergoeding.
75. In een reactie op een klacht van klant E van 26 maart 2018 (**productie 22**) schreef Vattenfall dat de kW-vergoeding een vergoeding was voor de door de netbeheerder gereserveerde capaciteit op het net. Hiermee wekte Vattenfall de indruk dat de kW-vergoeding een vergoeding voor een dienst van de netbeheerder betrof, te meer nu Vattenfall daarbij naar de voorwaarden van netbeheerder Liander verwees:
- “Het gecontracteerd vermogen voor elektra gaat over het transportvermogen. Hierin staan afspraken over het maximale vermogen aan elektriciteit dat u aankomend jaar verwacht te gebruiken op een specifiek moment. Aan de hand hiervan reserveert de netbeheerder voor uw bedrijf capaciteit op het elektriciteitsnet. Een gecontracteerd vermogen is verplicht voor grootzakelijke bedrijven met een aansluiting vanaf 3x80 Ampère. Het maximale verbruikte transportvermogen overschrijdt nooit de aansluitingscapaciteit.”
76. Enkele dagen later, bij e-mail van 29 maart 2018 (eveneens vervat in productie 22) kwam Vattenfall op deze verklaring terug en schreef zij dat de eerdere toelichting onjuist was.
77. Uiteindelijk schikte Vattenfall de kwestie tegen betaling van ongeveer de helft van de totale kW-vergoeding die klant E gedurende vijf jaar voorafgaand aan de klacht aan Vattenfall had betaald (**productie 23**).
78. In 2019 wijzigde Vattenfall de formule van de kW-vergoeding. Vanaf dat moment vermeldde de factuur dat de vergoeding berekend wordt op de voet van een verbruik in “kWh”. Voorheen verwees Vattenfall per slot van rekening naar een factor van “kW”. Illustratief is de volgende factuur van 8 januari 2021 (productie 15):

Elektriciteit - specificatie					
Leveringsperiode 1 december 2020 t/m 31 december 2020					
Omschrijving	Verbruik	Prijs	Bedrag excl. BTW	BTW%	
Vaste vergoeding elektriciteit			25,71	21%	
Verbruik piekuren	1.318 kWh	0,06010	79,21	21%	
Verbruik daluren	1.522 kWh	0,03520	53,57	21%	
EB vermindering			-36,90	21%	
Energiebelasting (EB) zone 3	2.840 kWh	0,01353	38,43	21%	
Opslag duurzame energie (ODE) zone 3	2.840 kWh	0,02050	58,22	21%	
Leveringsperiode 31 december 2020 t/m 31 december 2020					
Omschrijving	Verbruik	Prijs	Bedrag excl. BTW	BTW%	
Vergoeding gecontr. vermogen	148 kWh	3,71000	549,08	21%	

79. Dezelfde wijziging komt niet terug in de contracten uit dezelfde periode. Ook in gevallen waarin de Gedupeerde op de factuur “kWh” in rekening gebracht kreeg, bevatten contracten uit dezelfde periode nog altijd een vermelding van een kW-vergoeding.
80. De Stichting wijst ter illustratie op het contract met klant C (**productie 24**). Dit contract heeft een looptijd tot en met 31 december 2020. In het contract staat een kW-vergoeding op basis van “kW”. In de factuur aan klant C van 8 januari 2021 staat voor de berekening van de “Vergoeding gecontr. vermogen” als rekeneenheid: “kWh”. Een toelichting voor deze discrepantie tussen het (oudere) contract en de (latere) factuur is nergens te vinden. Een ander voorbeeld is de factuur aan klant F van 10 augustus 2020 (**productie 25**) waarin opeens ook een kWh-vergoeding te vinden is.
81. De wijziging van een kW-vergoeding naar een kWh-vergoeding suggereert dat de vergoeding vanaf dat moment berekend werd op basis van verbruik (kWh). Voorheen deed de Leverancier dat op basis van vermogen (kW). Het verschil tussen kW en kWh is als volgt:
- (i) kW drukt het vermogen uit, het is een natuurkundige grootte om de in een bepaalde tijdsperiode opgewerkte of verbruikte hoeveelheid energie uit te drukken en
 - (ii) kWh is de maatstaf voor energie-inhoud. Het verbruik van een afnemer wordt berekend in kilowatturen. Het is daarom de gebruikte grootte voor het leveringstarief.
82. In reactie op klachten van klant B uit 2020 (**productie 26**) schreef Vattenfall Sales dat de kW-vergoeding onderdeel is van de overeengekomen prijsstelling en niet ziet op de dienstverlening van de netbeheerder. Volgens Vattenfall Sales is de kW-vergoeding niet verboden en dus toegestaan. Vattenfall Sales deed in wezen een beroep op een ‘grenzeloze contractsvrijheid’:
- “U heeft een product bij ons afgenomen, of doet dat nog steeds, waarbij de prijs is opgebouwd uit verschillende componenten. Eén daarvan is de kW-vergoeding. De hoogte van dit prijscomponent is gebaseerd op uw gecontracteerd vermogen. De door ons bij u in rekening gebrachte kW-vergoeding is een onderdeel van de prijsstelling voor de levering van elektriciteit, zoals wij die u destijds hebben aangeboden en u met ons bent overeengekomen. Van ‘dubbele kosten’, zoals door Stichting Nuon-claim ten onrechte wordt gesuggereerd, is geen sprake. De door Vattenfall in rekening gebrachte kW-vergoeding ziet namelijk niet op taken die door de netbeheerder worden verricht. Ook het argument dat het energieleveranciers niet zou zijn toegestaan om een kW-vergoeding te vragen is niet juist. De wet stelt geen beperkingen aan de opbouw van de met u overeengekomen prijs voor de levering van elektriciteit.”
83. In de correspondentie met klant G schreef Vattenfall Sales op 10 februari 2020 (**productie 27**) dat het gecontracteerd vermogen de maximaal verwachte behoefte van de afnemer is. Waar de vergoeding specifiek op zag, liet Vattenfall Sales in het midden. De afnemer moest het ook hier doen met de stelling dat de kW-vergoeding een deel van het gecontracteerde leveringstarief was:



“Het gecontracteerd vermogen is het vermogen dat een gebruiker verwacht maximaal op enig moment in het jaar nodig te hebben. In de energiemarkt wordt het gecontracteerde vermogen in verschillende situaties gebruikt. De netbeheerder gebruikt het inderdaad voor de berekening van haar transportkosten, waarbij zij een deel van haar kosten laat hangen van het gecontracteerd vermogen. Wij zijn met uw cliënte overeengekomen dat het deel van het leveringstarief afhankelijk is gemaakt van het gecontracteerde vermogen. De Kas heeft dit betaald voor de levering van elektriciteit, wij hebben geen kosten in rekening gebracht voor de dienst die de netbeheerder uitvoert.”

84. Vattenfall gaf de selecte klantengroep aan wie zij de kW-vergoeding in rekening bracht dus steeds onjuiste, inconsistente en zelfs innerlijk tegenstrijdige verklaringen voor dezelfde kostenpost. Dit alles om te verhullen dat zij daar niets voor deed. Vattenfall misleidde daarmee willens en wetens de Gedupeerden en doet dat, voor zover de Stichting bekend, nog steeds.

III.B.4. Bevindingen van de Stichting over aard van de misleiding en het effect van de kW-vergoeding

85. Op verzoek van de Stichting, heeft de heer [naam] van SLEA de tarieven van Vattenfall tegen het licht gehouden. Deze deskundige heeft onderzocht of ook andere leveranciers een kW-vergoeding in rekening hebben gebracht en wat de gevolgen hiervan zijn, gezien tegen de achtergrond van historische informatie over tarieven. Het SLEA Rapport (productie 21) bevat in hoofdstuk 2 een analyse van diverse overeenkomsten en facturen van deelnemers van de Stichting. De deskundige heeft deze vergeleken met contract- en factuurinformatie van andere leveranciers. Hij concludeert dat de jaarkosten op basis van leveringstarief en vastrecht vrijwel gelijk zijn. Dat beeld verandert echter drastisch wanneer de kW-vergoeding wordt meegewogen in de vergelijking. Met inbegrip van de kW-vergoeding blijken Vattenfall voor de in de vergelijking meegenomen groep Gedupeerden ongeveer 80% duurder te zijn dan hun concurrenten. Hij wijst er verder op dat hij de werkwijze van Vattenfall bij andere energieleveranciers niet tegen is gekomen.
86. Op 18 juni 2020 stuurde een voormalige accountmanager van Nuon Sales op eigen initiatief een e-mail naar de advocaat van de Stichting (**productie 28**). De voormalige accountmanager beschreef in dit bericht de handelspraktijken van Vattenfall. Deze beschrijving bevestigt eens te meer dat de kW-vergoeding bovenop de overeengekomen, al marktconforme tarieven van Vattenfall komt. De oud-medewerker bevestigde ook dat er geen dienst tegenover de kW-vergoeding staat.
87. Op 7 oktober 2020 had de advocaat van de Stichting opnieuw overleg met een oud-werknemer van Vattenfall. De advocaat deed hiervan verslag op 8 oktober 2020 (**productie 29**). Dit verslag geeft, net als de e-mail van 18 juni 2020 (productie 28), een inkijkje in de wereld van de verkoopafdeling van Vattenfall. Uit de verklaring blijkt eens te meer dat de verkoopafdeling de kW-vergoeding bewust inzette om de marges op te krikken, wetende dat het hier om een zeer twijfelachtige praktijk ging. Intern onderdrukte de bedrijfsleiding kritische vragen van de werkvloer. Waar klanten ‘wakker werden’ en de kW-vergoeding ter discussie stelden, schakelde de Vattenfall meteen de juridische afdeling in “om dergelijke gevallen te schikken en in de kiem te smoren.” In de praktijk schikte Vattenfall altijd en relatief snel tegen betrekkelijk forse schikkingsbedragen.

Volgens de voormalige accountmanager ging de kwaadwillendheid bij Vattenfall zelfs zover dat werknemers hun kennis over de kW-vergoeding bij eventuele ontslagonderhandelingen als drukmiddel inzette om een hogere ontslagvergoeding af te dwingen. Het dreigement om de kW-vergoeding te onthullen, werd daarmee wisselgeld in onderhandelingen bij ontslag. Klaarblijkelijk was het Vattenfall veel waard om het uitlekken van haar praktijken te voorkomen. Niemand lijkt de bedenkelijke bedrijfscultuur intern aan de orde te hebben durven stellen.

III.B.5. Correspondentie met Vattenfall

88. Bij brief van 10 juli 2020 stelde de Stichting Vattenfall aansprakelijk voor de schade van de Gedupeerden (**productie 30**). Ook nodigde de Stichting Vattenfall uit voor overleg.
89. Bij brief van 24 juli 2020 stelde Vattenfall dat de kW-vergoeding nu eenmaal deel uitmaakt van het tarief dat met de klant is overeengekomen en dat zij dit mag overeenkomen (**productie 31**). Ook hier deed Vattenfall dus weer een beroep op de 'grenzeloze contractsvrijheid'. Vattenfall wees de aansprakelijkheid van de hand en sloeg ook de uitnodiging om in overleg te treden af.
90. Bij brief van 19 oktober 2020 reageerde de Stichting op de brief van Vattenfall van 24 juli 2020 (**productie 32**). Bij brief van 3 november 2020 reageerde Vattenfall op deze brief (**productie 33**). Daarin stelde Vattenfall wederom dat de kW-vergoeding onderdeel uitmaakt van het leveringstarief en dat zij deze in rekening mag brengen. Zij stelde nu ook dat de hoogte van deze vergoeding van klant tot klant verschilde. Ook zouden de klanten over voldoende informatie hebben beschikt om de leverancier en het product te kunnen kiezen. Volgens Vattenfall zouden hun klanten niet meer betalen dan klanten bij andere leveranciers.
91. In een uitzending van 11 december 2020 besteedde het televisieprogramma EenVandaag (NPO1) aandacht aan deze problematiek (**productie 34**).²⁶ In de uitzending komen Gedupeerden en oud-medewerkers aan bod die de hiervoor beschreven gang van zaken bevestigen. Vattenfall weigerde haar medewerking aan deze uitzending. Wel gaf Vattenfall de redactie van EenVandaag naderhand schriftelijk antwoord op een aantal vragen over de kW-vergoeding (**productie 35**). Vattenfall betwistte dat zij de kW-vergoeding met de dienstverlening van de netbeheerder zou overlappen. Als dat anders zou zijn geweest, zou dat ook direct in strijd zijn geweest met het bemoeienisverbod van art. 16 lid 3 Elektriciteitswet. In plaats daarvan zou de kW-vergoeding volgens Vattenfall een onderdeel zijn van het leveringstarief. Iets wat omfloerst schreef Vattenfall dat de kW-vergoeding eenvoudigweg de uitkomst zou zijn van de keuze van de klant voor Vattenfall: "De klant is volledig vrij een productvorm en leverancier te kiezen die voor de klant het beste past."
92. Ook bevestigde Vattenfall, naar aanleiding van de vraag van EenVandaag om toelichting op de post "gecontracteerd vermogen", voor de kW-vergoeding "geen specifieke dienst of service te verrichten".

²⁶ Deze uitzending is terug te kijken via onderstaande link: https://www.npostart.nl/klanten-claimen-miljoenen-terug-van-energiebedrijf-vattenfall-voor-jarenlang-te-hoge-stroomrekening/11-12-2020/POMS_AT_16374342.

93. Omdat Vattenfall niet op haar schreden terugkeerde, herhaalde de Stichting de aansprakelijkstelling bij brief van 9 december 2021. Hierbij schreef zij ook het moederbedrijf, Vattenfall AS, aan (**productie 36**). Daarbij heeft de Stichting Vattenfall ook gewezen op de interne gedragscodes van Vattenfall zelf. De Stichting meent dat het handelen van Vattenfall in strijd is met de strekking van deze gedragscodes.
94. Bij brief van 23 december 2021 (**productie 37**) reageerde Vattenfall op de aansprakelijkstelling van de Stichting van 9 december 2021. Vattenfall herhaalde haar mantra dat het haar vrij staat de kW-vergoeding in rekening te brengen en dat de klant, als deze ontevreden is, naar een andere leverancier kan overstappen.
95. Het voorgaande feitenrelaas laat zien dat Vattenfall het vertrouwen van de Gedupeerden heeft geschonden. Vattenfall kende de impact die de liberalisatie op de grootverbruikersmarkt had als geen ander. Zij wist dat de gevolgen van de wijzigende marktstructuur voor afnemers onduidelijk waren. Vattenfall deed echter geen moeite om de informatiedisbalans tussen haarzelf en de Gedupeerden weg te nemen. Dat blijkt uit de afwezigheid van een toelichting in de offertes die Vattenfall aan de Gedupeerden stuurde; de wisselende en tegenstrijdige verklaringen voor de kW-vergoedingen en uit de eenzijdige en niet-onderbouwde verandering van de kW-vergoeding naar kWh-vergoeding in 2019. Het Internal Audit Rapport, verklaringen van oud-medewerkers en het onderzoek van EenVandaag laten zien hoe Vattenfall deze disbalans bewust in stand liet.²⁷
96. Vattenfall volhardt niettemin in het handhaven van de kW-vergoeding en weigert haar aansprakelijkheid te aanvaarden en de Gedupeerden te compenseren. Zij gaat ook ieder overleg met de Stichting uit de weg. Voor de Stichting rest slechts de gang naar de rechter.

IV. DE VORDERINGEN

97. De Stichting stelt zich primair op het standpunt dat het handelen van Vattenfall zodanig laakbaar is dat dit los van de contractuele verhouding een onrechtmatige daad oplevert. Zij bespreekt deze primaire grondslag in onderdeel (onderdeel IV.A). Daarbij bespreekt zij allereerst dat Vattenfall zich jegens de Gedupeerden schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige misleiding. Daarbij haakt zij aan bij het leerstuk van de acquisitiefraude (art. 6:194 BW, onderdeel IV.A.2). Vervolgens bespreekt zij dat Vattenfall door de kW-Vergoeding in strijd met de op haar rustende zorgvuldigheidsverplichtingen heeft gehandeld (onderdeel IV.A.3).
98. Subsidiair doet de Stichting een beroep op onverschuldigde betaling met ontvangst te kwader trouw (art. 6:203 en 205 BW; onderdeel IV.B) en meer subsidiair op wanprestatie (art. 6:74 BW; onderdeel IV.C hierna).
99. De Stichting schetst steeds per rechtsgrond eerst het juridisch kader, en past dit vervolgens toe op de feiten van de zaak.

²⁷ Zie bijvoorbeeld het Internal Audit Rapport, productie 1, p 21: "Vanwege het berekenen van een vastrecht en kW-charge aan de 'sleeper' populatie, is het mogelijk hogere marges te realiseren op de contracten van deze groep klanten."

IV.A. Onrechtmatige daad

IV.A.1. Juridisch kader; samenloop onrechtmatige daad en wanprestatie

100. Uitgangspunt van de regeling voor de tekortkoming in de nakoming van contractuele verbintenissen (art. 7:74 BW) is dat deze een exclusief karakter heeft. Een toerekenbare tekortkoming levert op zichzelf genomen nog geen onrechtmatige daad op. Een aanwezige wanprestatie staat er echter niet in de weg aan een flankerende vordering op grond van onrechtmatige daad. Daarvoor is vereist dat de gestelde tekortkoming op zichzelf beschouwd een onrechtmatige daad oplevert.²⁸ De rechtspraak kent vele voorbeelden van contractschendingen die ook een onrechtmatigheid opleveren.²⁹ In het klassieke geval van de Surinaamse postbode nam de rechter onrechtmatigheid aan, omdat de postbezorger een brief met geld achterovergedrukt had. Een ander voorbeeld is het geval waarin een vervoerder een container op zijn eigen terrein geplaatst had, terwijl er onvoldoende bewaking was. Die nalatigheid was niet alleen strijdig met het contract, maar ook met een algemene rechtsplicht en leverde dus los van de contractuele verhouding een onrechtmatig handelen op.³⁰ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een vordering uit onrechtmatige daad afzonderlijk van een eventuele contractuele vordering moet worden beoordeeld³¹.
101. De samenloop van onrechtmatige daad en wanprestatie is gegeven wanneer sprake is van een schending van een wettelijke norm (zoals artikel 6:194 BW; acquisitiefraude) en bij schending van een zorgplicht. Beide gevallen doen zich in deze zaak voor, zoals de Stichting in onderdelen IV.A.2-IV.A.3 zal bespreken.
102. De onrechtmatige gedragingen van Vattenfall zijn bovendien jegens alle Gedupeerden gelijk. Deze bestonden er immers uit dat zij een bepaalde groep klanten tegen beter weten in een onterechte vergoeding in rekening bracht, waartegenover geen dienst stond, en dat zij de onwetendheid van de Gedupeerden in stand hield en opzettelijk exploiteerde. Hierdoor betaalden de Gedupeerden significant meer dan andere klanten van Vattenfall en ook meer dan in de markt gebruikelijk is. De vordering uit onrechtmatige daad heeft daarmee de elegantie van de eenvoud. De Stichting verwijst in dit kader naar de recente beslissing van de rechtbank Amsterdam in de collectieve actie tegen Volkswagen c.s.,

²⁸ HR 26 maart 1920, NJ 1920/475, ECLI:NL:HR:1920:141 (*Surinaamse postbode*).

²⁹ *Asser/Sieburgh 6-IV*, 2019/9 02-11-2019, nr. 9, Verhouding onrechtmatige daad en toerekenbare tekortkoming: "Tussen een onrechtmatige daad en een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis bestaat een subtiel onderscheid. Voor zover de tekortkoming bestaat in de schending van een rechtsplicht is zij een species van het genus onrechtmatige daad", en nr. 10 en de daar besproken jurisprudentie.

³⁰ HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD4737, NJ 1991, 689 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Gend & Loos/Vitesse*).

³¹ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472 (*To Concept/CZ*). Achtergrond was dat verzekeraar CZ een door de verzekeringstussenpersoon bedacht verzekeringsconcept zelfstandig in de markt zette waardoor de tussenpersoon provisie misliep. To Concept beriep zich op wanprestatie en subsidiair op onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. Het Hof had geoordeeld dat To Concept geen schade had geleden door de tekortkoming van CZ. De Hoge Raad oordeelde dat dit nog niet verhindert dat To Concept schade heeft geleden als gevolg van CZ's onrechtmatig handelen en dat deze grondslag afzonderlijk beoordeeld had moeten worden.

waarin zij met het oog op bedrieglijk handelen van Volkswagen c.s. zowel een onrechtmatige daad als een non-conformiteit aannam.³²

103. Onrechtmatige daad als primaire vordering maakt ook dat de Gedupeerden een aanzienlijke rentevordering ten dienste staat. Wettelijke rente wordt immers verschuldigd over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening van de betreffende som in verzuim is geweest (art. 6:119 lid 1 BW). Verzuim treedt zonder ingebrekestelling in wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad (art. 6:83, aanhef en sub b BW). Vertaald naar deze zaak betekent dit dat de wettelijke rente verschuldigd is vanaf het moment waarop Vattenfall de kW-vergoeding ontving. Hetzelfde vindt overigens toepassing bij de vordering uit onverschuldigde betaling met ontvangst te kwader trouw (art. 6:203 en 205 BW) en de vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie. Zie voor meer detail onderdeel V.B hierna.

IV.A.2. Onrechtmatige misleiding en acquisitiefraude (art. 6:194 lid 2 en 3 BW)

104. De Stichting is in de eerste plaats van mening dat Vattenfall zich, met haar handelwijze, jegens de Gedupeerden schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige misleiding. Ter nadere uitwerking van deze onrechtmatigheid doet de Stichting ook een beroep op de Wet Acquisitiefraude (art. 6:194 leden 2 en 3 BW). Uit de Wet Acquisitiefraude volgt het specifieke wettelijke verbod voor bedrijven om misleidende mededelingen te doen aan andere organisaties met het doel deze een contractuele verplichting zonder toegevoegde waarde aan te smeren. Dit type onrechtmatig handelen bestaat uit het doen van misleidende mededelingen en het doen van mededelingen waarin essentiële informatie ontbreekt.

IV.A.2.a) Overgangsrecht acquisitiefraude

105. De relevante wettelijke bepalingen van de Wet Acquisitiefraude (art. 6:194 lid 2 en 3 BW) traden in werking op 1 juli 2016. De bepalingen zijn niettemin van toepassing op de onrechtmatige gedragen van Vattenfall gedurende de gehele Relevante Periode. Uit art. 173 lid 1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (**ONBW**) volgt dat het nieuwe recht toepassing vindt als de schade pas na de inwerkingtreding van de wet bekend geworden is. Dat is hier het geval. Bij het in werking treden van de wet is verder geen onderscheid gemaakt in de toepasselijkheid van de bepalingen op overeenkomsten die zijn gesloten vóór of na de datum van in werking treden van de Wet Acquisitiefraude.³³ De uitzending van EenVandaag in december 2020 is, voor het merendeel van de Gedupeerden, het vroegst mogelijke moment waarop zij met hun schade bekend werden. Die datum ligt na de datum waarop art. 6:194 leden 2 en 3 in werking traden en daarom vinden deze bepalingen toepassing.
106. Voor zover geoordeeld zou worden dat art. 6:194 leden 2 en 3 NOBW niet op of slechts ten dele op deze zaak van toepassing zijn (te weten, ten aanzien van die gebeurtenissen

³² Rechtbank Amsterdam, 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617. De rechtbank oordeelde dat het bedrog van de autofabrikanten (gedoeld werd op feitelijk bedrog, niet een bedrog in de zin van art. 3:3 lid 2 BW) in de relatie tussen de dealers en de autoverkopers tevens een non-conformiteit opleverde.

³³ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 22 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:8013, r.o. 3.7. Zie ook Lankhorst, T&C BW 2021, aant. 1 bij art. 6:194 BW.

die zich vanaf de datum van inwerkingtreding hebben voorgedaan), geldt dat die bepalingen een uitwerking vormen van al onder het algemene onrechtmatige daadsrecht geldende normen.³⁴

IV.A.2.b) Algemeen kader wet Acquisitiefraude en bewijslastomkering

107. Bij het beroep op de acquisitiefraude staan de persoonsgerichte misleidende mededelingen en omissies van Vattenfall aan de Gedupeerden centraal. Vattenfall deed deze mededelingen in offertes en facturen en, naar aanleiding van klachten of vragen, per e-mail of telefoon.
108. De Wet Acquisitiefraude richt zich wat haar beschermingsbereik betreft niet alleen op ondernemingen, maar ook op anderen die handelen in de uitoefening van beroep, bedrijf of organisatie. Hieronder vallen dus ook organisaties die geen onderneming zijn. Relevante voorbeelden zijn kerkgenootschappen, vrijwilligersorganisaties³⁵, scholen, ziekenhuizen, overheden en culturele instellingen. Dit betekent dat alle Gedupeerden binnen het beschermingsbereik van deze wet vallen.
109. Misleidende mededelingen kunnen zich in een actieve vorm voordoen en in de vorm van een misleidende omissie. Een misleidende omissie doet zich voor wanneer essentiële informatie wordt weggelaten die de klant nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen over het aangaan van een overeenkomst.³⁶ Vertaald naar dit geval is sprake van een misleidende omissie wanneer Vattenfall niet de informatie verstrekke aan de Gedupeerden die zij nodig hadden om geïnformeerd te beslissen over de leveringsovereenkomst met Vattenfall, inclusief de kW-vergoeding.
110. De grens van het toelaatbare wordt in ieder geval overschreden, wanneer zodanige (nadelige) eigenschappen of aspecten zijn verzwegen of onjuist gepresenteerd dat redelijkerwijs aannemelijk is dat de afnemer niet akkoord zou zijn gegaan als hij die informatie wel had gekend.³⁷
111. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, wordt de feitelijke context meegewogen (art. 6:194 lid 4 BW jo. 6:193d lid 4 BW). Zo zijn bijvoorbeeld ook de eventuele beperkingen van het gebruikte communicatiemedium van belang bij de beoordeling van de gedraging.³⁸
112. Ter verdere inkleuring van het begrip “misleidende omissie” bevat de wet een aantal voorbeelden. Behalve het weglaten van informatie die relevant is voor het aangaan van een overeenkomst, is ook het onduidelijk, onbegrijpelijk of te laat presenteren van essentiële informatie een misleidende omissie (art. 6:194 lid 3 BW). Misleidend is het weglaten van essentiële informatie over de voornaamste kenmerken van het aangeboden

³⁴ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 22 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:8013, r.o. 3.7: “Het gaat immers om een zorgplicht die al bestond voordat de Wet Acquisitiefraude in werking was getreden. Enkel is door artikel 6:195 lid 1 BW de bewijslast omgekeerd.”

³⁵ *Kamerstukken II 2013/14*, 33712, 6 MvT, p. 19.

³⁶ Art. 6:194 lid 2 BW.

³⁷ *Kamerstukken 2013/14*, 33712, 6 Gewijzigde MvT, p. 20.

³⁸ *Kamerstukken 2013/14*, 33712, 6 Gewijzigde MvT, p. 20.

product (art. 6:193e onder a BW) en de wijze van berekening van de vergoeding als deze redelijkerwijs niet van tevoren berekend kon worden (art. 6:193e onder c BW).

113. Uit de wet volgt dat een mededeling “in ieder geval misleidend [is] indien sprake is van een misleidende omissie” (art. 6:194 lid 2 BW). Ook wanneer sprake is van een misleidende omissie, kan er dus nog steeds sprake zijn van misleidende mededelingen in algemenere zin (art. 6:194 lid 2 BW). Voor de uitleg van dit algemenere misleidende mededelingen-begrip kan worden verwezen naar de voorbeelden genoemd in art. 6:194 lid 1 BW. Wat misleidend is in een openbare mededeling kan immers net zozeer misleidend zijn in een tot de persoon gerichte mededeling. Relevante voorbeelden van misleidende mededelingen genoemd in art. 6:194 lid 1 BW zijn mededelingen die misleidend zijn omtrent de aard, hoedanigheid, eigenschappen of gebruiksmogelijkheden van een goed of dienst; de prijs of de wijze van berekenen van de prijs; de aanleiding of het doel van de aanbieding en de voorwaarden waaronder goederen worden geleverd of diensten worden verricht of de betaling plaatsvindt.
114. Het gaat niet alleen om het binnenhalen door Vattenfall van nieuwe overeenkomsten, maar ook om het uitlokken van onverschuldigde betalingen.³⁹ De Wet Acquisitiefraude dient er ook nadrukkelijk toe om een effectiever civielrechtelijk handvat te bieden aan zakelijke partijen die de dupe worden van, bijvoorbeeld, spookfacturen.⁴⁰
115. In het kader van de acquisitiefraude is op grond van art. 6:195 BW een omkering van de bewijslast van toepassing. De Stichting beroept zich daarop.

IV.A.2.c) Feitelijke uitwerking

116. Bij de toepassing van de Wet Acquisitiefraude is, om te beginnen, de feitelijke context van belang waarbinnen Vattenfall de misleidende mededelingen deed en de misleidende omissies beging. Deze mededelingen en omissies moeten bezien worden tegen de achtergrond van de liberalisatie⁴¹: Vattenfall was oorspronkelijk een monopolist met lagere overheden als aandeelhouders. De Gedupeerden waren al lange tijd klant en stelden vertrouwen in hun Leverancier. De gevolgen van de scheiding van netbeheerder en leveringsbedrijf waren voor Vattenfall gesneden koek, maar waren voor de Gedupeerden moeilijk te doorgronden. Hoewel er vanaf 1 januari 2002 ruimte bestond voor vrije leverancierskeuze, bleven de meeste afnemers hun oude leverancier trouw. Vattenfall deed haar contractaanbiedingen schriftelijk. Het ging daarbij om aanbiedingen voor periode van een jaar en langer. Vattenfall had daarom de mogelijkheid en de plicht om haar klanten adequaat te informeren.
117. Vattenfall beging een misleidende omissie door essentiële informatie over de aard van de kW-vergoeding, de prijs en de berekening daarvan onduidelijk, onjuist of te laat te verstrekken (§ 112 hiervoor, met verwijzing naar art. 6:193e onder a en c BW).
118. Vattenfall verstreekte de Gedupeerden die contractaanbiedingen ontvingen, geen toelichting op de kW-vergoeding. Vattenfall hield voor de Gedupeerden willens en wetens verborgen dat deze niets – dus geen product en ook geen dienst – ontvingen voor de kW-

³⁹ *Kamerstukken 2012/13*, 33712, nr. 3 MvT, p. 1.

⁴⁰ *Kamerstukken 2013/14*, 33712, 6 Gewijzigde MvT, p. 6.

⁴¹ Zie hierover onderdeel III.A.

vergoeding. Evenmin vermeldde zij dat andere klanten geen kW-vergoeding betaalden. De gebruikte terminologie was bovendien onjuist en betekenisloos. Dit terwijl die kW-vergoeding een significant gedeelte van het factuurbedrag vormt en ervoor zorgt dat de factuur gemiddeld 80% hoger uitviel dan bij de concurrent. Het feit dat de kW-vergoeding zo'n belangrijk deel van het maandelijks factuurbedrag vormt, betekent dat die vergoeding één van de voornaamste kenmerken van het aangeboden product vormde (art. 6:193e onder a BW). Voor de klant is bij elektriciteitslevering immers met name de prijs relevant. Juist die wordt voor de selecte groep afnemers bij wie de kW-vergoeding in rekening wordt gebracht in hoge mate door deze vergoeding bepaald.

119. Correcte en juiste informatie over de kW-vergoeding was ook op grond van art. 6:193e onder c BW essentieel, nu deze informatie een belangrijke invloed had op wat de afnemer in totaal betaalde voor afname van elektriciteit. Het SLEA Rapport wijst immers uit dat de Gedupeerden 80% meer betaalden dan andere afnemers van Vattenfall. Het ontbreken van een juiste toelichting op de kW-Vergoeding in de contractaanbieding levert een misleidende omissie op. Voor zover Vattenfall wel een toelichting gaf, was deze onjuist en misleidend.
120. Voor zover de groep *sleepers* in het geheel geen aanbieding voor een (nieuw) contract ontving, maar wel beleverd werd en facturen ontving, werd de essentiële informatie al net zomin verstrekt. De Stichting verwijst ter illustratie naar de mondelinge verklaring, vastgelegd in een verslag van één van de advocaten van de Stichting van 8 oktober 2020 (productie 29). Die verklaring bevestigt dat Vattenfall zich realiseerde dat de kW-vergoeding voor niets anders diende dan “om de targets [van de verkoopafdeling] te kunnen halen.” Vattenfall deed niets voor de kW-vergoeding. Vattenfall nam niet eens de moeite om de *sleepers* die geen getekende offerte terugstuurden te vragen of zij instemden met alle voorwaarden; Vattenfall stuurde botweg een factuur met daarop de kW-vergoeding. Ook het besprekingsverslag van 8 oktober 2020 bevestigt dat de kW-vergoeding gericht was op:
- “klanten die nietsvermoedend bepaalde vergoedingen voldoen en ook blijven voldoen. Binnen Nuon was/is het beleid om deze slapende honden niet wakker te maken.”
121. Ondertussen werden de Gedupeerden geplukt. Het bedrag van de kW-vergoeding was geheel arbitrair. De accountmanager “mag zelf bepalen welk bedrag ze hiervoor offreren. Het is volledige winst voor Vattenfall”, aldus een getuige die zelf de Stichting benaderde (productie 29, e-mail van 18 juni 2020). Uit deze gang van zaken blijkt dat Vattenfall ook in relatie tot deze Gedupeerden een misleidende omissie beging.
122. De vervolgvraag is of de facturen van Vattenfall aan alle Gedupeerden misleidende mededelingen of omissies bevatten. Ook dat is het geval.
123. Voor zover de Stichting heeft kunnen nagaan verschaft Vattenfall in haar facturen gedurende een aantal jaren een beperkte toelichting op de kW-vergoeding. Deze toelichting hield in dat: (i) de kW-vergoeding een vergoeding was voor de kosten die Vattenfall moest maken voor het maximaal verwachte gebruiksvermogen van de klant; dat (ii) zowel netbeheerder als leverancier deze post factureren, en dat (iii) de post ‘gecontracteerd vermogen’ voor de leverancier ter dekking van kosten voor inkoop en

behoefteplanning zou dienen⁴². Deze toelichting van Vattenfall is feitelijk onjuist. In §§ 69-73 lichtte de Stichting al toe dat Vattenfall geen elektriciteit kocht op basis van individueel vermogen, maar profielen inkochte.⁴³ De inkoop van die profielen (verbruik, kWh) is niet gerelateerd aan het transportvermogen dat de netbeheerder met de individuele klanten op hun aansluitingen contracteert. De onjuistheid van de toelichting van Vattenfall volgt ook uit het Internal Audit Rapport. Hier is beschreven dat het voor Vattenfall relatief gemakkelijk was om bij *sleepers* de omvang van elektriciteits-volumes in te schatten. Dat stelde Vattenfall in staat de benodigde volumes in een vroeg stadium in te kopen.⁴⁴ De toelichting die Vattenfall in de rekeningen gaf, was dus onjuist. Een feitelijk onjuiste toelichting betekent dat juiste, essentiële informatie ontbrak. Uit de hierboven gestelde feiten blijkt dat Vattenfall de Gedupeerden bewust op het verkeerde been zette.

124. Voor de juridische kwalificatie in het kader van de Wet Acquisitiefraude is de uitkomst van een ontbrekende of een onjuiste toelichting dezelfde: ontbreekt essentiële informatie voor het aangaan van een overeenkomst, dan levert dat een misleidende, op de persoon gerichte mededeling op. Dat is onrechtmatig. Ter vergelijking wijst de Stichting op art. 3:44 lid 3 BW (bedrog). Van bedrog is sprake wanneer een partij een ander tot het aangaan van een rechtshandeling beweegt door een opzettelijk gedane mededeling, of een opzettelijk verzwijgen van een feit dat meegedeeld had moeten worden.
125. Daarbij is van belang dat Vattenfall zich van terminologie bediende die in de energiemarkt weliswaar gebruikelijk was, maar dan gebruikt werd in de context van diensten van netbeheer - niet van elektriciteitslevering. Een klassiek voorbeeld van acquisitiefraude is immers dat aanbieders gebruik maken van “geleende” kenmerken die vertrouwen wekken bij de klant. Hierbij kan worden gedacht aan het gebruik van een niet-bestaand of “geleend” keurmerk; een andere toepassing is het gebruik van een naam of aanduiding die sterk lijkt op een bekende aanduiding of betrouwbare naam.⁴⁵ De misleiding door Vattenfall past naadloos in deze categorie. De tariefomschrijving “vergoeding gecontr. vermogen” (factuur 14 maart 2011, **productie 38**) lijkt immers sterk op de door de netbeheerder gebruikte tariefomschrijving “Gecontracteerd transportverm.” (factuur 16 november 2006, productie 10). Zeker wanneer Vattenfall in de toelichting op de factuur stelde dat zowel de leverancier, als de netbeheerder kosten voor ‘gecontracteerd vermogen’ in rekening bracht. Hier zocht Vattenfall doelbewust de verwarring. Daarbij is van belang dat de door de netbeheerder gebruikte terminologie in de branche gebruikelijk is, maar die van Vattenfall niet en dat dit voor de Gedupeerden niet kenbaar was en ook niet kon zijn. De maatschappelijke positie van Vattenfall en de onbetamelijkheid van de kW-vergoeding brengen met zich mee dat Vattenfall niet met stilzwijgen kon volstaan.
126. Dat geldt te meer nu de kW-vergoeding Vattenfall bovendien buitensporig en ongerechtvaardigd voordeel opleverde. Uit het SLEA Rapport blijkt dat Vattenfall gemiddeld tot wel 80% duurder was dan concurrenten wanneer de kW-Vergoeding wordt meegerekend (productie 21). Pas wanneer de kW-vergoeding achterwege blijft, komen

⁴² Factuur van Vattenfall van 14 november 2010, productie 19.

⁴³ Zie ook het SLEA Rapport, productie 21, § 2.1.2.1.

⁴⁴ Internal Audit Rapport, productie 1, p. 21-22.

⁴⁵ Een voorbeeld is de kwestie over “Kantoor voor Klanten” waarin een loopje werd genomen met de afkorting voor de Kamer van Koophandel; zie rechtbank Rotterdam 30 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4213.

de tarieven die Vattenfall de Gedupeerden in rekening brengt in de buurt van die van de concurrentie. De Stichting verwijst in dit verband naar een verklaring van een oud-werknemer van Vattenfall van 30 september 2020 die zij als **productie 39** in het geding brengt. Uit die verklaring blijkt dat Vattenfall en haar medewerkers zich hiervan ook ten volle bewust waren:

“De energieprijis was altijd marktconform en daar bovenop kwam dan nog de Kw-charge. De klanten hebben dus structureel altijd veel te veel betaald.”

127. Uit de verklaring blijkt dat Vattenfall haar verkoopmedewerkers trainde in het aansmeren van de kW-vergoeding. Kritische geluiden vielen bij Vattenfall niet in goede aarde (productie 28):

“Tijdens trainingen binnen Nuon werd aangegeven hoe zij als sales managers om moesten gaan met deze KW-vergoeding. Vragen intern aan de managers waarom deze vergoeding dan toch in rekening werd gebracht dat was uit den boze. Die vergoeding werd in rekening gebracht en dat moesten de klanten maar betalen. Punt uit.”

128. Uit het Internal Audit Rapport blijkt ook duidelijk dat “*sleepers*” doelgericht werden uitgemolken⁴⁶:

“Vanwege het berekenen van een vastrecht en kW-charge aan de ‘sleeper’ populatie, is het mogelijk hogere marges te realiseren op de contracten van deze groep klanten”;

129. De verklaring van een oud-werknemer in de aflevering van EenVandaag maakt duidelijk dat de behaalde marge zich ook vertaalde in financieel gewin voor medewerkers. Verkoopmedewerkers werden gestimuleerd om een maximale kW-vergoeding te slijten aan klanten (productie 34):

“Wij moesten bepaalde doelen halen en op de post ‘gecontracteerd vermogen’ maakten we 100 procent marge. En dus haalden we ons target sneller. Daar waren onze eigen bonussen ook weer van afhankelijk. Die konden oplopen tot 10.000 of zelfs 20.000 euro per jaar.”

130. Toen er uiteindelijk grootverbruikers/klanten bleken te zijn die klaagden over de kW-vergoeding, leidde de verkoopafdeling van Vattenfall deze direct door naar de juridische afdeling. Afhankelijk van het doorzettingsvermogen van de klant haalde Vattenfall de post kW-vergoeding uit het contract, of kreeg de klant een bedrag terug. Dit gerestitueerde bedrag kon oplopen tot ongeveer de helft van de totale kW-vergoeding over de vijf jaar voorafgaand aan de klacht, zo blijkt uit de vaststellingsovereenkomsten die de Stichting in het geding brengt (productie 23, **producties 40** en **41**). Dat Vattenfall in deze gevallen zo gemakkelijk afscheid nam van de kW-vergoeding bevestigt de conclusie dat de kW-vergoeding voor Vattenfall alleen maar meer marge was. Tot een algehele gedragsverandering van Vattenfall leidden deze klachten en schikkingen echter niet.

⁴⁶ Internal Audit Rapport, productie 1, p. 21, zie ook het meer volledige citaat in § 62 hiervoor.

131. Uit het voorgaande blijkt niet alleen dat Vattenfall zich jegens de Gedupeerden aan misleiding schuldig maakte (art. 6:194 BW), maar ook dat haar organisatie – en dan met name die van haar sales afdeling – er op was ingericht om daarmee ten laste van de Gedupeerden een onterechte winst te behalen.

IV.A.2.d) Reflexwerking beschermende maatregelen kleinverbruikers

132. Bij de beoordeling van de misleiding door Vattenfall is van belang dat zij de kW-vergoeding bewust bij die groep klanten inzette waarbij de kans op ontdekking het geringst was en die buiten het toepassingsbereik van de beschermende maatregelen voor kleinverbruikers vallen (zie eerder onderdeel III.B.2). De categorie kleinverbruikers bestaat uit consumenten en ondernemingen met een aansluiting van minder dan 3 x 80 Ampère. Het verschil met de Gedupeerden is niet per definitie dat de Grootverbruikers grotere partijen zijn of dat ze in totaal meer stroom afnemen, maar vooral dat hun aansluiting (of beter: hun piekbehoefte) groter is.
133. Het Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers (het **Kleinverbruikersbesluit**) bevat nadere regels voor de procedure tot aanvraag voor een vergunning voor het beleveren van kleinverbruikers. Het Kleinverbruikersbesluit bevat belangrijke aanwijzingen voor de invulling van het begrip redelijk handelend en redelijk bekwaam energieleverancier. In art. 3 lid 2 onder a is bijvoorbeeld bepaald dat de leverancier “duidelijke offertes en overeenkomsten hanteert, waarin de hoogte van de tarieven en de opbouw hiervan is aangegeven”.⁴⁷
134. In de Nota van Toelichting bij het Kleinverbruikersbesluit maakte de wetgever duidelijk wat “redelijke voorwaarden” en “duidelijke offertes en overeenkomsten” kenmerkt. De essentie hiervan is dat een onevenredige belasting van de afnemer wordt voorkomen. Zo moet de leverancier duidelijk maken welke kosten in rekening gebracht worden en uit welke componenten deze bestaan. Ook mag de leverancier geen onduidelijkheid laten (voort)bestaan over het onderscheid tussen enerzijds kosten voor levering, en anderzijds voor aansluiting en transport (netbeheer).⁴⁸ De kW-vergoeding kan deze toets vanzelfsprekend niet doorstaan. Die is er immers op gericht de afnemer juist wel

⁴⁷ Besluit van 8 mei 2003, houdende regels voor de vergunning voor levering van elektriciteit aan kleinverbruikers (Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers).

⁴⁸ *Staatsblad* 2003, 207, Besluit van 8 mei 2003, houdende regels voor de vergunning voor levering van elektriciteit aan kleinverbruikers (Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers): “Kernpunt van de beoordeling is of de voorwaarden waaronder de leverancier elektriciteit levert aan kleinverbruikers, voor de kleinverbruikers niet onevenredig belastend zijn. In de eerste plaats wordt hierbij gelet op de vraag of de voorwaarden duidelijk zijn. Zo moet uit de offertes en overeenkomsten duidelijk blijken welke betalingsregeling en betalingstermijn de aanvrager hanteert. Ingevolge deze bepaling zal uitsluitend worden bezien of voor afnemers van elektriciteit uit de offertes en overeenkomsten duidelijk blijkt welke kosten in rekening gebracht zullen worden. Zo moet duidelijk zijn welke componenten (b.v. kostprijs per kWh, aansluit- en transporttarief, belastingen) in rekening gebracht worden. Ook moet duidelijk zijn of de kosten van het aansluit- en transporttarief al dan niet door de leverancier in rekening worden gebracht. Zo moet voor de klant duidelijk zijn of de leverancier gebruik maakt van het leveranciersmodel (waarbij de kosten van de aansluiting en het transport van elektriciteit door de leverancier gefactureerd worden, waardoor de klant één rekening ontvangt voor netbeheer en levering), of dat er gebruik gemaakt wordt van het netbeheerdersmodel (waarbij de klant voor de aansluiting en het transport van elektriciteit een aparte rekening van de netbeheerder ontvangt, waardoor de klant twee afzonderlijke rekeningen krijgt).”

disproportioneel te belasten, waarbij Vattenfall die disproportionele belasting vervolgens verhulde door een bewust onjuist gebruik van 'geleende' terminologie.⁴⁹

135. Een soortgelijke benadering is af te leiden uit art. 95m lid 1 Elektriciteitswet.⁵⁰ Uit deze bepaling volgt dat het elektriciteitsleveranciers verboden is jegens kleinverbruikers⁵¹ oneerlijke en misleidende verkoopmethoden te hanteren. Volgens lid 2 moeten de voorwaarden verbonden aan de leveringsovereenkomst "transparant, eerlijk en vooraf bekend" zijn en gesteld in "duidelijke en begrijpelijke taal". Ook moeten afnemers "te allen tijde transparante informatie kunnen verkrijgen over de geldende tarieven en voorwaarden voor levering" aldus het derde lid van deze bepaling. Het gaat hier om een implementatie van de kernbepalingen van de richtlijnen met betrekking tot consumentenbescherming.⁵²
136. Deze voorwaarden vinden rechtstreeks toepassing tussen de elektriciteitsleverancier en kleinverbruikers, te weten consumenten en ondernemers met een kleine elektriciteitsaansluiting. Van deze beschermende maatregelen gaat ook voor de Gedupeerden een zekere reflexwerking uit.⁵³ Deze regelingen zijn bovendien van belang, omdat zij laten zien wat de wetgever onder redelijke contractvoorwaarden verstaat.
137. Dat de hiervoor besproken wettelijk verankerde fundamentele informatieverplichtingen niet rechtstreeks gelden ten behoeve van Grootverbruikers, maakt natuurlijk niet dat een leverancier opeens geen enkele informatieverplichting zou hebben jegens Grootverbruikers. De strekking van deze bepalingen is algemener. Ook Grootverbruikers, zoals de Gedupeerden, hebben recht op transparantie en eerlijkheid over de contractuele voorwaarden. Het kennisniveau over de energiemarkt en de dagelijkse praktijk van de energieleverancier is bij beide groepen vergelijkbaar.
138. Het belang van transparantie over prijzen onderschrijft Vattenfall. Op de pagina met een toelichting bij de factuur van Grootverbruikers⁵⁴ staat bijvoorbeeld:

⁴⁹ Zie § 125 hiervoor.

⁵⁰ "De voorwaarden, verbonden aan een leverings- of transportovereenkomst met een afnemer als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, zijn transparant, eerlijk en vooraf bekend. De voorwaarden worden in ieder geval voor het sluiten van de overeenkomst verstrekt en zijn gesteld in duidelijke en begrijpelijke taal."

⁵¹ Kleinverbruikers zijn afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 A.

⁵² *Kamerstukken 2003/04*, 29372, nr. 20, p. 11: "Mede door de gedachtewisseling met de Tweede Kamer ben ik tot het inzicht gekomen dat het wenselijk is om de kern van de bepalingen met betrekking tot de consumentenbescherming in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet op te nemen. Ik heb hiertoe zowel in de Elektriciteitswet 1998 als in de Gaswet een apart artikel opgenomen over consumentenbescherming (zie het voorgestelde artikel 95l van de Elektriciteitswet 1998 en het voorgestelde artikel 52b van de Gaswet)."

⁵³ Over de reflexwerking van de zwarte en grijze lijst ten behoeve van kleinere professionele partijen, W.H. Van Boom, 'Markpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: *Privaatrechtelijke bescherming herijkt, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Zutphen 2021, p. 147.

⁵⁴ <https://www.vattenfall.nl/grootzakelijk/klantenservice/factuur/toelichting/>.

“Voor uw administratie is het belangrijk dat u precies weet hoe uw energiefactuur opgebouwd is. Dat begrijpen we en daarom leggen we alle onderdelen van uw factuur graag aan u uit.”

139. Bij het kostenoverzicht op de site staat een duidelijke uitleg⁵⁵, maar niets over de kW-vergoeding:

“De kosten voor de levering van uw energie bestaan uit een vast maandbedrag met daaraan toegevoegd uw energieverbruik vermenigvuldigd met de afgesproken contractprijs.”

140. Noch (i) de contracten, (ii) noch de facturen die Vattenfall stuurde, (iii) noch de algemene voorwaarden⁵⁶ maken duidelijk wat de aard, de samenstelling, de eigenschappen en gebruiksmogelijkheden,⁵⁷ de aanleiding en het doel⁵⁸ van de kW-vergoeding waren. Alleen enkele oudere facturen bevatten een toelichting. Die toelichting is alleen evident onjuist. De Gedupeerden konden op basis daarvan geen geïnformeerde keuze maken. Het handelen van Vattenfall is daarmee in strijd met art. 6:194 BW en is, ook los daarvan, jegens de Gedupeerden onrechtmatig.

IV.A.3. Handelen in strijd met de op Vattenfall rustende zorgvuldigheidnorm (art. 6:162 BW)

IV.A.3.a) *De zorgvuldigheidnorm*

141. Naast misleiding is ook sprake van een onrechtmatige schending van een zorgvuldigheidnorm. Een professionele en deskundige dienstverlener dient zich op te stellen als “een redelijk handelend en redelijk bekwaam” dienstverlener. De klant mag verwachten van de dienstverlener dat deze overeenkomstig deze norm handelt.⁵⁹
142. In de rechtspraak zijn zorgvuldigheidsverplichtingen aanvaard voor tal van beroepsbeoefenaren. Zo moet de makelaar bij het uitvoeren van zijn opdracht het belang van zijn opdrachtgever centraal stellen en belangenverstrengeling voorkomen.⁶⁰ De advocaat moet de cliënt in staat stellen goed geïnformeerd te beslissen.⁶¹ Een aanmerkelijke voorsprong in kennis en expertise noopt een IT-dienstverlener tot bijzondere zorgvuldigheid.⁶² Voor de energieleverancier brengt de zorg- en informatieplicht bijvoorbeeld met zich mee dat de jaar- en eindafrekeningen moeten kloppen en hieruit duidelijk moet blijken of de vermelde meterstanden schattingen of werkelijk opgenomen meterstanden zijn.⁶³ Deze voorbeelden laten zien dat de uitleg van

⁵⁵ <https://www.vattenfall.nl/grootzakelijk/klantenservice/factuur/toelichting/>.

⁵⁶ De Stichting beschikt over de versies van 2003, 2007 en 2019.

⁵⁷ Art. 6:194 lid 1 sub a BW.

⁵⁸ Art. 6:194 lid 1 sub e BW.

⁵⁹ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, m.nt. A.A. Ettema (*Fortis Bank en Fortis/Bourgonje*).

⁶⁰ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:567, *NJ* 2017/167.

⁶¹ HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564 (*Juresta*), r.o. 3.4.2.

⁶² HR 11 april 1986, CR 1986-3 (*RBC/Brinkers*); Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4428; zie voor een bloemlezing uit de jurisprudentie P.G. van der Putt & C.A.M. van der Bunt, ‘Bijzondere zorgplichten van IT-leveranciers’, *Computerrecht* 2018/160, p. 193-200.

⁶³ Rechtbank Oost-Brabant 2 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:57, r.o. 3.7: “De zorgplicht die op Greenchoice rust brengt ook met zich mee dat zij behoort te zorgen voor juiste en volledige jaar- en

de zorgvuldigheidsverplichting meekleurt met de situatie.⁶⁴ Daarbij valt op dat de door de professionele partij te betrachten zorgvuldigheid in veel gevallen samenhangt met diens informatievoorsprong en deskundigheid ten opzichte van de klant. Voor de deskundigheid van de klant wordt uitgegaan van de gemiddelde persoon jegens wie de dienstverlener de zorgvuldigheid in acht moet nemen.

143. Geeft de maatschappelijke positie van de dienstverlener daartoe aanleiding, dan komt een bijzondere of verzwaarde zorgvuldigheidsverplichting in beeld. Niet alleen jegens klanten uit hoofde van contract, maar ook ten opzichte van derden met wier belangen de beroepsbeoefenaar rekening moet houden op grond van wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁶⁵ Voor banken neemt de Hoge Raad een bijzondere zorgvuldigheidsverplichting aan vanwege hun maatschappelijke functie. Deze zorgplicht is in tal van situaties aangenomen. Deze volgt uit de vertrouwenspositie en deskundigheid van banken op het gebied van vermogensbeheer.⁶⁶ Een bijzondere zorgvuldigheidsverplichting is ook aangenomen in andere situaties.⁶⁷ De bijzondere zorgplicht heeft een breed karakter en beheerst de contractuele relatie, de precontractuele relatie en de delictuele relatie met derden.⁶⁸ Kenmerkend voor de bijzondere zorg die de bank in acht dient te nemen, zijn de deskundigheid en ervaring van de bank en het vertrouwen dat de klant hierin moet kunnen stellen. Die zorgplicht kan met zich meebrengen dat de bank de klant moet behoeden voor casinogedrag bij optiebeleggingen of waarschuwt voor een wanverhouding tussen de wensen van de klant en het risico van een voorgenomen belegging.
144. Een dergelijke bijzondere of verzwaarde zorgvuldigheidsplicht is in de feitenrechtspraak ook aangenomen voor andere beroepsbeoefenaren, zoals incassobureaus in de hoedanigheid van dienstverlener in de financiële sector.⁶⁹ De Stichting meent dat er ook gronden zijn om een verzwaarde zorgvuldigheidsverplichting aan te nemen voor energieleveranciers. Die verplichting brengt naar mening van de Stichting met zich mee dat de energieleverancier haar afnemers deugdelijk over haar diensten en facturering informeert en zich van onjuiste en misleidende mededelingen onthoudt.

eindafrekeningen. [afnemer] verwijst in dit verband terecht naar artikel 2 Beleidsregel factureringstermijnen energie (Stcrt. 16 februari 2005, nr. 33 pag. 40). Dat betekent dat uit de afrekeningen van Greenchoice duidelijk moet blijken of de daarin genoemde meterstanden zijn gebaseerd op schattingen dan wel zijn gebaseerd op daadwerkelijk (door de consument en/of de meteropnemer) opgenomen meterstanden. Greenchoice is op dit punt in haar zorg- en informatieplicht tekortgeschoten.”

⁶⁴ HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006, 289 (*Safe Haven*).

⁶⁵ HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999, 285, m.nt. W.M. Kleijn (*MeesPierson/Ten Bos*), r.o. 3.6.2.

⁶⁶ *MeesPierson/Ten Bos c.s.*, r.o. 3.6.2.

⁶⁷ Zo nam de ondernemingskamer een bijzondere en aangescherpte zorgplicht aan voor Fortis als systeembank in verband met Fortis' communicatiebeleid. Zie: Gerechtshof Amsterdam (OK) 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586 (*Fortis*) r.o. 2.13.

⁶⁸ Conclusie A-G Wissink, punten 3.10-3.14 voor HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/ 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

⁶⁹ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5464, r.o. 3.12.

IV.A.3.b) Op Vattenfall rust een (zwaarwegende) zorgvuldigheidsverplichting

145. Een relevante factor bij het bepalen van de zorgplicht van Vattenfall is dat zij een nutsbedrijf is. Net als haar voorgangers onder algemene titel levert Vattenfall producten van algemeen belang. Zonder dit soort producten functioneert de maatschappij niet. De Grootverbruikers zijn in hoge mate van Vattenfall afhankelijk. Het feit dat zij een grootverbruikersaansluiting hebben, wijst erop dat hun incidenteel of structureel grote stroombehoefte belangrijk is voor hun bedrijfsvoering en daarmee voor hun voortbestaan. Een autoreparatiebedrijf kan niet draaien zonder elektriciteit. Een kantoorgebouw wordt nutteloos zonder elektriciteit. Elektriciteit is voor grootverbruikers, waaronder de Gedupeerden, elementair voor hun bestaan. Vattenfall heeft een positie in het maatschappelijke verkeer vanwege levering van een elementair product. In zoverre is de positie van een elektriciteitsleverancier goed te vergelijken met die van de leverancier van water of van financiële diensten.
146. In de optiek van de Stichting heeft de zorgplicht van een partij als Vattenfall een verdergaande strekking dan die van gewone professionele en deskundige dienstverleners. Vattenfall vervult een spilfunctie in het maatschappelijk verkeer en dient dus over een diepgaande deskundigheid met betrekking tot en ervaring met energielevering en energiewetgeving te beschikken. De Gedupeerden ontberen deze. Vattenfall was zich ook al lang bewust van haar bijzondere positie. In de Gedragscode uit 2007 van Nuon stond bijvoorbeeld (**productie 42**):
- “Nuon is één van de grootste energiedistributeurs van Nederland. Daardoor hebben wij een machtspositie ten opzichte van kleinere spelers in de verschillende markten waarop wij actief zijn, maar ook ten opzichte van onze klanten. We mogen zo'n machtspositie niet misbruiken.”
147. Zoals in onderdeel III.A.1 is beschreven werd Vattenfalls voorloper Nuon door lagere overheden opgericht om te voorzien in een algemeen belang of nut. Nuon was voor de vrijmaking van de markt voor grootverbruikers in haar verzorgingsgebieden monopolist. Dat betekent dat afnemers in die gebieden volkomen afhankelijk van Nuon waren voor hun energielevering. Vanaf de liberalisering had Nuon daardoor in de oorspronkelijke verzorgingsgebieden een streepje voor bij haar klanten, in haar eigen regio's was Nuon de gevestigde naam. Zij was op sommige plekken al bijna een eeuw de enige leverancier van elektriciteit. Dit element is voor de gehele Relevante Periode van belang.
148. Nuon dankt haar geloofwaardigheid en vertrouwen ook aan het gegeven dat haar aandelen in handen waren van overheden. Dit waren eerst Nederlandse regionale overheden en later, vanaf 2009, via Vattenfall AS, de Zweedse staat. Het feit dat Vattenfall een overheidsaandeelhouder heeft maakt dat ook andere belangen dan winst en dividend een uitgangspunt kunnen zijn in de bedrijfsvoering. Vattenfall liet zich daar ook consequent op voorstaan. Zo schreef zij in haar jaarverslag over 2008 (**productie 43**) dat het voor haar een belangrijk uitgangspunt is om evenwichtige groei te realiseren voor alle belanghebbenden, te weten klanten, medewerkers, aandeelhouders, en milieu en maatschappij. In Vattenfalls eigen woorden:

“het handelen van Nuon sluit te allen tijde aan op het belang dat energie heeft voor de miljoenen huishoudens en de organisaties, waaraan zij productie en diensten levert.”⁷⁰

149. In Nuons Gedragscode van 2007 (productie 42) staat:

“Regel 4.1 Fatsoen en respect (...) Nuon staat erop dat haar medewerkers integer handelen. Dit is noodzakelijk voor het realiseren van de ondernemingsdoelstellingen van Nuon.”

150. Het motto dat er meer was dan alleen winst bleef ook na de overname door Vattenfall AS hetzelfde. De oorspronkelijke aandeelhouders besloten mede tot verkoop van hun aandelen omdat zij erop vertrouwden dat Vattenfall dit verregaande “stakeholdersmodel” zou respecteren. Zo verklaarde de verantwoordelijke wethouder van de Gemeente Haarlem dat de gefaseerde overdracht van aandelen aan Vattenfall “het gezamenlijke commitment van Nuons aandeelhouders en Vattenfall om de publieke belangen en de Nederlandse identiteit van Nuon te waarborgen” onderstreept (**productie 44**).

151. Nuon vindt haar oorsprong in het algemeen belang c.q. het openbaar nut. Die achtergrond is tot op de dag van vandaag onderdeel van de wijze waarop Nuon en nu Vattenfall AS zich naar de buitenwereld presenteert. Dat brengt verplichtingen met zich mee richting klanten.

IV.A.3.c) Inhoud van de zorgvuldigheidsverplichting

152. De Gedupeerden beschikken over het algemeen niet over kennis en kunde die nodig zijn om de werkwijze van Vattenfall te doorgronden. De Gedupeerden zijn overwegend betrekkelijk kleine en middelgrote ondernemingen en non-profit instellingen. Voor deze partijen is elektriciteit geen *core business*.⁷¹ Van dergelijke partijen mag geen bijzondere kennis verwacht worden op het vlak van: (i) de liberalisering van de elektriciteitsmarkt vanaf 2002; (ii) de exacte verdeling van wettelijke taken en bevoegdheden die volgt uit de Splitsingswet; en (iii) de voorwaarden die door de diverse leveranciers op de geliberaliseerde energiemarkt werden gehanteerd. Deze klanten hebben geen interne of externe energiedeskundigen tot hun beschikking. Zij waren niet gehouden om zelfstandig onderzoek te doen naar de aard en de eigenschappen van de kW-vergoeding. Het was aan Vattenfall hen daarover deugdelijke informatie te verschaffen. Dat liet zij echter na.

153. Het verschil in deskundigheid tussen dienstverlener en klant vormt één van de bestanddelen van de professionele zorgvuldigheidsverplichting, zeker waar het gevaar bestaat dat de klant onvoldoende geïnformeerd beslissingen in zijn nadeel neemt. Vattenfall moet er immers rekening mee houden dat de Gedupeerden niet beschikken over inzicht in de werking van de energiemarkt.

154. In plaats daarvan past en paste Vattenfall de kW-vergoeding juist gericht toe bij de klanten waarvan zij verwachtte dat deze niet aan de bel zouden trekken, in het bijzonder de klanten die nooit een leveringscontract hebben ondertekend (zie § 61 hiervoor en productie 1, p. 21). In het verlengde hiervan ligt een ander element: rekening houden met

⁷⁰ Jaarverslag 2009 p. 6.

⁷¹ Zie het SLEA Rapport, productie 21, onderdeel 2.1.2.

de belangen van de afnemer. Dat deed Vattenfall evident niet, want zij bracht willens en wetens een vergoeding in rekening die onevenredig benadelend was voor de Gedupeerden.

155. De drempel voor Gedupeerden om vragen te stellen over de kW-vergoeding is hoog. De omschrijving oogt voor de leek als een gebruikelijke omschrijving op de elektriciteitsrekening. De omschrijving leek op een post die de netbeheerder al in rekening bracht, het gecontracteerd transportvermogen. De verwarring wordt versterkt door de gehanteerde formule, die gelijk is aan de formule die gold voor het gecontracteerd transportvermogen van de netbeheerder (*kW). Vattenfall moest uit hoofde van haar (gewone) zorgvuldigheidsverplichting de informatiedisbalans tussen haarzelf en de Gedupeerden overbruggen door te zorgen voor een adequate en correcte toelichting. De gewone, en des te sterker de bijzondere, zorgvuldigheidsverplichting van Vattenfall brengt met zich mee dat zij de Gedupeerden een adequate en correcte toelichting behoorde te geven op doel, betekenis en noodzaak van de kW-Vergoeding.
156. Vattenfall informeerde de Gedupeerden niet over de betekenis en strekking van de kW-vergoeding. Vattenfall liet zich echter alleen leiden door haar wens om over de rug van de Gedupeerden meer winst te behalen. Het belang van de onwetende klant was daaraan volstrekt ondergeschikt, in weerwil van de maatschappelijke spilfunctie van Vattenfall en de maatschappelijke betamelijkheid.

IV.A.4. Causaal verband

157. Het onrechtmatig handelen van Vattenfall laat zich in een paar woorden vatten als (i) de instandhouding van de informatiedisbalans tussen haar en de Gedupeerde, (ii) het geven van een onjuiste, 'geleende' en misleidende toelichting op de kW-vergoeding en (iii) het factureren van de kW-vergoeding waar geen dienst tegenover stond. Had Vattenfall zich de belangen van de Gedupeerden aangetrokken, dan had zij de kW-vergoeding niet in rekening gebracht.
158. De oorzaak-gevolg relatie is voor alle Gedupeerden dezelfde, zowel de retentieklienten, als de *floaters* en de *sleepers*. Er bestaat een directe causale lijn tussen de desinformatie en het veronachtzamen van het belang van de Gedupeerden en het ongeïnformeerd beslissen en betalen.

IV.A.5. Relativiteit

159. De in dit hoofdstuk omschreven en door Vattenfall geschonden normen strekken tot bescherming van de belangen van klanten van Vattenfall, in het bijzonder de Gedupeerden. Vattenfall was zich bewust van de onwetendheid van de Gedupeerden en exploiteerde die onwetendheid om specifiek ten laste van hen een onterechte extra winst te realiseren. Aan de eis van relativiteit is daarmee eveneens voldaan.

IV.B. **Subsidiar: onverschuldigde betaling en ontvangst te kwader trouw**

160. Subsidiar neemt de Stichting het standpunt in dat de kW-vergoeding niet is overeengekomen, dan wel dat de tot betaling daarvan strekkende verbintenis nietig is. Dat leidt ertoe dat de Gedupeerden de kW-vergoeding onverschuldigd aan Vattenfall hebben betaald. Omdat Vattenfall zich ervan bewust waren dat de kW-vergoeding geen

enkel redelijk doel diende, kan ook worden vastgesteld dat zij deze bedragen te kwader trouw in ontvangst hebben genomen. Het gevolg daarvan is dat Vattenfall ook ten aanzien van deze vorderingen steeds wettelijke (handels)rente verschuldigd is vanaf het moment waarop zij de kW-vergoeding in ontvangst hebben genomen.

IV.B.1. Juridisch kader

IV.B.1.a) *Onverschuldigde betaling*

161. Onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) doet zich voor wanneer een partij zonder rechtsgrond een betaling verricht. Daarvan kan sprake zijn wanneer achteraf blijkt dat de verbintenis die tot de betaling strekte nooit heeft bestaan, bijvoorbeeld omdat die niet is overeengekomen. Dat kan zowel het geval zijn wanneer een schriftelijke overeenkomst ontbreekt als wanneer er wél een schriftelijke overeenkomst bestaat, maar duidelijk is dat over bepaalde elementen van de overeenkomst geen wilsovereenstemming heeft bestaan.
162. Een overeenkomst kan daarnaast qua inhoud of strekking geheel of gedeeltelijk in strijd zijn met de goede zeden en daarom geheel of gedeeltelijk nietig zijn (art. 3:40 BW). Dat is het geval bij schending van “fundamenteel ervaren normen van ongeschreven recht” waarbij de moraliteit centraal staat.⁷² Bij een geslaagd beroep op gehele of partiële nietigheid wordt de betreffende verbintenis geacht nooit te hebben bestaan. Eventueel verrichte prestaties zijn achteraf gezien onverschuldigd verricht en dienen dus ongedaan te worden gemaakt.

IV.B.1.b) *Ontvangst te kwader trouw; gevolgen voor de wettelijke rente*

163. Is het bedrag waarmee de ontvanger is verrijkt te kwader trouw ontvangen, dan is deze op grond van art. 6:205 BW zonder ingebrekestelling in verzuim. In dat geval begint ook de wettelijke rentevordering te lopen op het moment waarop de ontvanger de betalingen incasseerden (art. 6:119 BW). De systematiek is in dit verband vergelijkbaar met die bij onrechtmatige daad.⁷³

IV.B.2. Toepassing op de feiten

IV.B.2.a) *KW-vergoeding niet overeengekomen*

164. De Stichting stelt zich in de eerste plaats op het standpunt dat de kW-vergoeding niet is overeengekomen. Ook het handelen van Vattenfall vormt daartoe een krachtige indicatie. Zij bracht de kW-vergoeding gericht in rekening bij Grootverbruikers, waarbij de kans op klachten minimaal was omdat die zich naar verwachting van Vattenfall toch niet in de voorwaarden van hun elektriciteitsleverantie zouden verdiepen. Met name waren dit de *sleepers*, (groepen) *floaters* en retentiekanten die al lange tijd klant van Vattenfall waren.⁷⁴ Vattenfall stelde ondertussen alles in het werk om te voorkomen dat de Gedupeerden erachter kwamen dat de kW-vergoeding geen redelijk doel diende⁷⁵. De

⁷² J. Hijma, *T&C BW*, art. 3:40 lid 1 BW, aant. 2 sub a.

⁷³ Zie § 129 hiervoor, met bespreking van HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198.

⁷⁴ Zie onderdeel III.B.2 hiervoor.

⁷⁵ Zie onderdeel III.B.3- III.B.4 en onderdeel IV.A.2.c), §§ 126 hiervoor.

Geduceerden konden daarentegen op basis van de offerte en facturen immers niet weten dat Vattenfall voor de kW-vergoeding geen dienst verrichtte en dat deze geen ander doel diende dan de kas van Vattenfall te spekken.

165. De Stichting heeft meerdere malen overzichten van de relevante overeenkomsten bij Vattenfall opgevraagd, maar Vattenfall weigert medewerking. Voor nu houdt de Stichting het erop dat de kW-vergoeding bij een groot deel van de Geduceerden niet in een schriftelijke overeenkomst is opgenomen.
166. De Stichting meent dat wilsovereenstemming ook ontbreekt bij die Geduceerden die wél een schriftelijke overeenkomst met Vattenfall zijn aangegaan waarin de kW-vergoeding is opgenomen. Ook voor die Geduceerden is immers onaannemelijk dat zij met de kW-vergoeding zouden hebben ingestemd als zij wisten dat deze voor hen geen doel diende, terwijl die vergoeding een groot deel van de maandelijkse rekening bedroeg en zij daarvoor veel meer betaalden dan de andere klanten van Vattenfall.
167. De Stichting verwijst in dit verband naar het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 april 2017 in de procedure van Stichting Stadsverwarming Eindhoven tegen Ennatuurlijk BV, de rechtsopvolger van Essent Local Energy Solutions B.V.⁷⁶ In deze procedure stelde deze belangenorganisatie de door Ennatuurlijk aan haar afnemers gefactureerde aansluitingsvergoeding ter discussie. Ennatuurlijk bracht na de initiële aansluiting nog jarenlang een "aansluitingsvergoeding" in rekening. In de offerte was echter opgenomen dat de aansluitingskosten los stonden van de periodieke kosten, waaronder vastrecht. Het hof besliste dat in de energiebranche onder de term 'vastrechtkosten' periodieke vaste vergoedingen worden verstaan en geen eenmalige vergoedingen zoals de aansluitvergoeding. Het Hof leidde daaruit af dat deze vergoeding niet was overeengekomen. Het hof oordeelde ook dat het feit dat de afnemers deze post wel jarenlang hadden betaald, daar niet aan af doet. Doorslaggevend daarbij was het feit dat Ennatuurlijk met de door haar gekozen bewoordingen afweek van de in de branche gebruikelijke terminologie. De Stichting verwijst naar overwegingen 6.11.3 van het arrest:

"6.11.3 Het hof is van oordeel dat uit de gedragingen van de bewoners inhoudende betaling van het in rekening gebrachte vastrecht, niet kan worden afgeleid dat zij aldus hebben ingestemd met het periodiek in rekening brengen van een deel van de aansluitbijdrage. De reden hiervoor is enerzijds gelegen in het feit dat er een overeenkomst tussen partijen is gesloten op grond waarvan de kosten voor aansluiting reeds integraal door de bewoners waren voldaan (zie de conclusie onder 6.10), maar anderzijds ook in het feit dat onder de term "vastrecht" niet kan worden verstaan: een deel van de aansluitbijdrage. Indien Ennatuurlijk zou willen afwijken van de terminologie en de adviezen die in de branche gebruikelijk zijn, dan had het op haar weg gelegen om daarover duidelijkheid aan de bewoners te verschaffen. Nu zij dit niet heeft gedaan, is van instemming met het, gedurende een periode van dertig jaren, aanvullend in rekening brengen van aansluitkosten, geen sprake. [onderstreping advocaat]

6.12 Op grond van het vorenstaande komt het hof tot de conclusie dat Ennatuurlijk met de bewoners een overeenkomst tot aansluiting van hun woning op

⁷⁶

Gerechtshof Den Bosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:1424, RvVR 2017/73.

het warmtenet heeft gesloten en daarvoor een prijs heeft geoffreerd die de bewoners hebben geaccepteerd. Ennatuurlijk heeft dan vervolgens niet meer het recht om aanvullende aansluitkosten in rekening te brengen, ook al hebben de bewoners gedurende een bepaalde periode een bedrag aan vastrecht betaald waarin een component aansluitbijdrage was opgenomen. Zij hebben dit onverschuldigd betaald, nu daarvoor een contractuele grondslag ontbreekt.”

168. Deze overwegingen laten zien dat de leverancier zich in overeenkomsten en facturen van helder taalgebruik moet bedienen. Daaruit volgt ook dat wanneer de leverancier specifieke brancheterminologie gebruikt, de inhoud daarvan in lijn dient te zijn met de betekenis die in de branche gebruikelijk is. Doet de leverancier dat niet, en probeert zij met deze terminologie te maskeren dat het in werkelijkheid om een vergoeding van andere aard gaat, dan zijn de gevolgen voor de leverancier. Dat spreekt ook geheel voor zich. De Hoge Raad heeft dit oordeel met toepassing van art. 81 RO in stand gelaten.⁷⁷

IV.B.2.b) Nietigheid van de tot betaling van de kW-vergoeding strekkende verbintenissen

169. Voor zover over het voorgaande geheel of gedeeltelijk anders wordt geoordeeld, stelt de Stichting zich op het standpunt dat de kW-vergoeding, en de wijze waarop die door Vattenfall in rekening is gebracht, in strijd is met de goede zeden in de zin van artikel 3:40 BW. De omstandigheden waarop deze nietigheid is gegrond, zijn in het voorgaande al uitvoerig aan de orde geweest. Die omstandigheden zijn identiek aan de in onderdelen IV.A en IV.B.2.a) hiervoor genoemde omstandigheden.
170. Deze nietigheid betreft alleen de kW-vergoeding, en niet het restant van de (al dan niet ongeschreven) overeenkomsten tot energieleverantie. De overeenkomsten hebben voor het overige immers een legitiem doel. Aan de voorwaarden voor partiële nietigheid is voldaan. De vernietigingsgrond betreft slechts een deel van de rechtshandeling, namelijk de kW-vergoeding. Die vergoeding staat niet in onverbreekelijk verband met de rest van de overeenkomst. Die ziet immers op de levering van energie tegen een reële en gangbare vergoeding. De kW-vergoeding staat daar los van en strekt er slechts toe Vattenfall over de rug van de Gedupeerden een ongeoorloofd ‘extraatje’ toe te kennen. Natuurlijk kan de energieleverantie prima voortgang vinden zonder deze vergoeding, zoals ook bij haar overige klanten het geval is. Vattenfall ondervindt daar geen rechtens relevant nadeel van. Die omstandigheid onderstreept eens te meer de ontoelaatbare aard van deze vergoeding.

IV.B.2.c) Verzuim

171. In het voorgaande was ook al aan de orde dat Vattenfall beseftte dat de kW-vergoeding ontoelaatbaar was.⁷⁸ Zo maakt het Internal Audit Rapport, gesteund door de verklaringen van oud-werknemers duidelijk dat de verkoopafdeling van Vattenfall haar best deed om

⁷⁷ HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2188 en de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor dit arrest van 13 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:784.

⁷⁸ De Stichting verwijst naar de in onder meer onderdeel III.B.2 omschreven mededelingen in het Internal Audit Report, de in onderdeel III.B.3 omschreven steeds wisselende verklaringen die Vattenfall voor de kW-vergoeding gaf, de in onderdelen III.B.4 en IV.A.2.c) omschreven getuigenverklaringen en het feit dat zij zich van in de branche gangbare terminologie bediende en daar willens en wetens een geheel andere en onbegrijpelijke invulling aan gaf.

de kW-vergoeding aan bepaalde soorten klanten te verkopen. Daaruit volgt ook dat Vattenfall als ontvanger te kwader trouw worden aangemerkt in de zin van artikel 6:205 BW. Vattenfall is steeds vanaf het moment van ontvangst van de in het kader van de kW-vergoeding ontvangen betalingen in verzuim geweest.

IV.C. Meer subsidiaire grondslag: wanprestatie

172. Meer subsidiair stelt de Stichting zich op het standpunt dat Vattenfall jegens de Gedupeerden toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende contractuele verplichtingen en dat zij als gevolg daarvan jegens de Gedupeerden schadeplichtig is.

IV.C.1. Juridisch kader

173. Ook bij de beoordeling van wanprestatie is van belang of op de achterblijvende partij een bijzondere zorgplicht rust. Net als bij de verbintenis uit onrechtmatige daad, is de inhoud daarvan afhankelijk van de omstandigheden van het geval⁷⁹. Voor een succesvol beroep op wanprestatie is verder noodzakelijk dat de nakoming blijvend onmogelijk is, dan wel dat Vattenfall in verzuim is (art. 6:74 lid 2 BW). De Stichting meent dat aan elk van deze voorwaarden is voldaan.

IV.C.2. Tekortkoming in de nakoming van een verbintenis door Vattenfall

174. Tussen de Gedupeerden en Vattenfall bestaat een overeenkomst tot levering van elektriciteit. Sommigen van hen hebben een contract getekend, waarin de post “gecontracteerd vermogen” is vermeld, heel veel anderen, waaronder de “sleepers”, hebben dat echter niet gedaan.

175. In diverse brieven aan de Stichting stelt Vattenfall zich op het standpunt dat de kW-vergoeding nu eenmaal is overeengekomen en onderdeel uitmaakt van het leveringstarief. De Stichting heeft dit in onderdeel IV.B.2.a) hiervoor betwist.

176. Zoals in onderdeel IV.A is uiteengezet, is echter aan geen van de Gedupeerden een dienst geleverd door Vattenfall die is gebaseerd op gecontracteerd vermogen of iets dergelijks. Vattenfall heeft het tegendeel tot op heden ook niet kunnen aantonen.

177. Dat sprake is van een ernstige normschending, en daarmee van een tekortkoming, is in de voorgaande hoofdstukken al uitvoerig uiteengezet. Vattenfall heeft er bewust voor gekozen deze post bij de Gedupeerden in rekening te brengen. Daarmee is de tekortkoming, en ook de toerekenbaarheid gegeven.

178. Op grond van art. 6:74 BW is Vattenfall aansprakelijk voor de schade die als gevolg van deze toerekenbare tekortkoming is ontstaan. Voor een nadere omschrijving en toelichting van deze schade wordt verwezen naar onderdeel V hierna.

IV.C.3. Verzuim en wettelijke rente

179. De Stichting is primair van oordeel dat de nakoming van de aan de kW-vergoeding gerelateerde verbintenis blijvend onmogelijk is. Anders dan zij deed voorkomen leverde

⁷⁹ Olthof, *T&C BW 2021*, aant. 2a art. 6:74 BW.

Vattenfall hiervoor immers geen dienst. Dat kon zij ook niet, omdat het product “gecontracteerd vermogen” bij een leverancier als Vattenfall niet bestaat. Een dergelijk gebrek leent zich niet voor reparatie. Zou daarover anders worden gedacht, dan verkeerde Vattenfall op grond van art. 6:83 sub b BW zonder ingebrekestelling in verzuim, nu de verbintenis voortvloeit uit art. 6:74 lid 1 BW en die door Vattenfall niet terstond is nagekomen. In beide gevallen loopt de wettelijke rente, net als in het geval van een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, steeds vanaf het moment dat Vattenfall de individuele factuurbedragen waarin de kW-vergoeding werd gerekend in ontvangst nam.⁸⁰ Zekerheidshalve heeft de Stichting Vattenfall in gebreke gesteld.

V. SCHADEVERGOEDINGS- EN/OF RESTITUTIEVERPLICHTINGEN

180. De door de Stichting ingestelde geldvordering valt in drie onderdelen uiteen: (i) (terug)betaling van de in rekening gebrachte vergoedingen voor gecontracteerd vermogen over de periode waarin Vattenfall deze ten onrechte in rekening heeft gebracht (onderdeel V.A); (ii) wettelijke rente (onderdeel V.B) en (iii) vergoeding van de kosten die voor de Stichting met de invordering van de door Vattenfall veroorzaakte schade gemoeid zijn geweest en nog zullen worden. De Stichting vordert in dit verband een integrale proceskostenveroordeling (onderdeel V.C).

V.A. Restitutie van de betaalde kW-vergoeding

181. De vordering tot terugbetaling van de door Vattenfall ontvangen kW-Vergoeding strekt zich uit over een periode van 20 jaar, terug te rekenen vanaf het moment van dagvaarding. Deze vordering is, primair, gebaseerd op onrechtmatige daad, subsidiair op onverschuldigde betaling en meer subsidiair op wanprestatie. In alle gevallen dient de terugbetalingsverplichting te worden vastgesteld op 100% van de ontvangen kW-Vergoeding.
182. De Stichting heeft Vattenfall herhaaldelijk verzocht haar informatie te verstrekken over het aantal Grootverbruikers aan wie de kW-vergoeding in rekening werd gebracht en de bedragen die daarmee gemoeid waren, laatstelijk nog op 9 december 2021.⁸¹ Gelet op de op Vattenfall rustende volledigheid- en waarheidsplicht is het aan Vattenfall deze informatie in het geding te brengen. Het is daarbij van belang dat Vattenfall inzicht verschaft in de omvang van de maandelijksse kW-vergoedingen, omdat deze steeds de basis moeten vormen voor de berekening van de toepasselijke wettelijke (handels)rente.

V.B. Wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW

V.B.1. Wettelijke rente bij onrechtmatige daad

183. Bij toewijzing van de primaire vordering van de Stichting, schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, is wettelijke rente verschuldigd vanaf het moment waarom Vattenfall de onderscheiden kW-vergoedingen ontving. De Stichting wijst in dit verband op het arrest van de Hoge Raad van 1 mei 2015.⁸² Dit arrest had betrekking op prejudiciële vragen in

⁸⁰ Zie § 103 hiervoor in verband met verschuldigdheid van wettelijke rente uit hoofde van de vordering uit onrechtmatige daad. Zie ook Olthof, *T&C BW 2021*, aant. 3 sub c en d bij art. 6:83 BW.

⁸¹ Brief Stichting aan Vattenfall van 9 december 2021, productie 36.

⁸² HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, r.o. 3.2.6-3.3.3.

een Dexia procedure in verband met de effectenlease problematiek. De Hoge Raad stelde voorop dat Dexia jegens de gedupeerde onrechtmatig had gehandeld en dat Dexia de gedupeerde met de maandtermijnen periodiek schade toebracht. De Hoge Raad oordeelde dat Dexia, nu de verbintenis voortvloeide uit onrechtmatige daad, zonder ingebrekestelling in verzuim was vanaf het moment waarop de schade werd geleden (art. 6:83, aanhef en onder b). Dat moment werd gelijkgesteld met ieder moment waarop de lessee de individuele termijnbetalingen verrichtte. De Hoge Raad oordeelde dat de wettelijke rente daarom, met inachtneming van art. 6:119 lid 1 BW, steeds verschuldigd werd vanaf de dag van betaling van de desbetreffende maandtermijn. Vertaald naar deze zaak betekent dit dat de wettelijke rente verschuldigd is vanaf het betalingsmoment van iedere factuur waarin Vattenfall de kW-vergoeding aan de Gedupeerden in rekening bracht.

184. Voor zover de schade achteraf wordt gekapitaliseerd, wijst de Stichting op het arrest van het gerechtshof Den Haag van 15 december 2020.⁸³ Uit dit arrest volgt dat 'rente op rente' over een lange periode niet onredelijk is. Tekenend was in die zaak dat de rentevergoeding vele malen hoger was dan de hoofdsom. Dit vormde voor het hof geen reden om anders te oordelen.

V.B.2. Wettelijke rente bij onverschuldigde betaling

185. Bij toewijzing van de subsidiaire vordering, onverschuldigde betaling, moet Vattenfall als ontvanger te kwader trouw worden aangemerkt in de zin van art. 6:205 BW. Het gevolg daarvan is dat Vattenfall steeds vanaf het moment van ontvangst van de in het kader van de kW-vergoeding ontvangen betalingen in verzuim is geweest en dat ook de wettelijke rente steeds vanaf die onderscheiden data van ontvangst begint te lopen.

V.B.3. Wettelijke rente en wanprestatie

186. Voor het geval de rechtbank wanprestatie als rechtsgrond wenst te betrekken bij de beoordeling van geschil, stelt de Stichting zich primair op het standpunt dat de nakoming van de aan de kW-vergoeding gerelateerde verbintenis blijvend onmogelijk is (§ 179 hiervoor). Zou daarover anders worden gedacht dan verkeerde Vattenfall op grond van art. 6:83 sub b BW jo. art. 6:74 lid 1 BW zonder ingebrekestelling in verzuim. In beide gevallen loopt de wettelijke rente steeds vanaf het moment dat Vattenfall de individuele factuurbedragen, waarin de kW-vergoeding werd gerekend in ontvangst nam.⁸⁴ Zou daarover anders worden gedacht, dan is Vattenfall in verzuim omdat zij – zekerheidshalve – in gebreke is gesteld.

V.C. **Proceskosten**

187. Op basis van de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (de **WAMCA** of het **Nieuwe Collectieve Actierecht**) komt de Stichting ook een vergoeding toe van de werkelijke kosten van de procedure, waaronder niet alleen de (voor)gefinancierde kosten

⁸³ Gerechtshof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2366.

⁸⁴ Zie onderdeel V.B.1 hiervoor in verband met verschuldigdheid van wettelijke rente uit hoofde van de vordering uit onrechtmatige daad. Zie ook Olthof, T&C BW 2021, aant. 3 sub c en d bij art. 6:83 BW.

van de Stichting, maar ook de door de Stichting aan de financier verschuldigde succesvergoeding.

188. Doet de rechtbank een uitspraak ingevolge art. 1018i Rv, dan komt de Stichting ook op grond van art. 1018l lid 2 Rv een aanspraak toe op veroordeling van Vattenfall in de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten van de Stichting. De wetgever heeft bij de recente WAMCA-wetswijziging bepaald dat boven op de uit hoofde van art. 6:96 BW toe te wijzen kosten ook verdere kosten door de belangenorganisatie kunnen worden gevorderd en toegewezen,⁸⁵ waaronder de *success fee* van de procesfinancier. Op die manier wordt de proceskostenvergoedingspraktijk onder de WAMCA geüniformeerd met die onder de WCAM.⁸⁶ Dit past ook in de algemene wetgevingstrend om civiele procedures zo veel mogelijk te harmoniseren. Daarnaast voorkomt dit dat er voor een verweerder in een WAMCA-procedure een prikkel ontstaat om niet aan een collectieve schikking mee te werken, om op die manier de betaling van de *success fee* van de procesfinancier te ontlopen. Een verweerder zou deze vergoeding in het kader van een WCAM-schikking namelijk wel boven op de schadevergoeding aan gedupeerden moeten voldoen. De Stichting zal deze kosten op een later tijdstip in deze procedure nader onderbouwen.

VI. BEKENDE VERWEREN VAN GEDAAGDEN

189. De bekende verweren van Vattenfall zijn in het feitencomplex al besproken. Deze verweren zijn onjuist en innerlijk tegenstrijdig. De Stichting volstaat in dit onderdeel met een korte samenvatting, waarbij naar de relevante passages wordt verwezen.
- (i) Aanvankelijk stelde Vattenfall zich op het standpunt dat de kW-vergoeding samenhangt met de kosten die Vattenfall maakte in het kader van inkoop van het afgesproken vermogen en de planning van klantbehoeften.⁸⁷
- De Stichting heeft, onder verwijzing naar het SLEA Rapport, toegelicht dat dit excuus nooit geklopt heeft. Vattenfall koopt geen vermogen in. De netbeheerder zorgt voor (transport)vermogen. Vattenfall houdt zich bij de levering van elektriciteit verder ook niet bezig met behoefteplanning. Zij koopt voor de Grootverbruikers elektriciteit in volgens de profielensystematiek. Later heeft Vattenfall overigens ook verklaard dat zij geen diensten verleende voor de kW-vergoeding. De Stichting verwacht dat Vattenfall dit mogelijke verweer niet meer zal voeren. In ieder geval verklaart deze toelichting niet waarom Vattenfall de kW-vergoeding niet bij al haar klanten in rekening bracht.
- (ii) In latere reacties, met name de reacties gericht aan klagende Grootverbruikers en in Vattenfall's brieven aan de Stichting van 24 juli 2020 (productie 31) en 3 november 2020 (productie 33), heeft Vattenfall betwist dat de aan de Gedupeerden gerekende tarieven aanmerkelijk hoger zijn dan die van concurrenten.

⁸⁵ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, nr. 3 MvT, p. 54-55.

⁸⁶ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, nr. 3, p. 54.

⁸⁷ Zie § 67 hiervoor met verwijzing naar toelichting bij een factuur van 14 november 2020, productie 19.

- Ook dat is onjuist. Uit het SLEA Rapport blijkt dat de Gedupeerden als gevolg van de kW-vergoeding gemiddeld 80% meer betaalden dan de andere klanten van Vattenfall en die van de concurrent. Wordt de kW-vergoeding weggelaten, dan zijn de tarieven van Vattenfall wel marktconform⁸⁸.
- (iii) Het derde verweer van Vattenfall komt erop neer dat de kW-vergoeding nu eenmaal is overeengekomen en dat dit niet verboden is. Vattenfall benadrukt dat de Gedupeerden onderzoek hadden kunnen doen door offertes bij andere leveranciers op te vragen en/of de overeenkomst met Vattenfall hadden kunnen opzeggen.
- Ook dit verweer kan niet slagen. Dat een gedraging niet verboden is, laat onverlet dat de gedraging onrechtmatig kan zijn. Overigens is de gedraging wel verboden, want de Wet Acquisitiefraude biedt met het hiermee geïntroduceerde art. 326c Wetboek van Strafrecht juist ook een strafrechtelijk kader bij misleidende mededelingen en misleidende omissies. Wie als ondernemer met winstoogmerk een bedrieglijke handeling of misleiding pleegt met het doel een ander tot betaling te bewegen, riskeert twee jaar cel of een geldboete van de vijfde categorie.
 - De Stichting stelt zich op het standpunt dat geen sprake is van wilsovereenstemming, nu Vattenfall de Gedupeerden moedwillig op het verkeerde been heeft gezet.

190. Kortom, geen van Vattenfalls verweren snijdt hout. Eerst vertelde Vattenfall onwaarheden aan haar klanten; nu is het accent verschoven naar Vattenfalls ongebreidelde contractsvrijheid.

VII. WAMCA, ONTVANKELIJKHEID EN GESCHIKTHEID VOOR COLLECTIEVE ACTIE

191. In dit hoofdstuk beschrijft de Stichting een aantal formele, aan het collectieve actierecht gerelateerde aspecten. De Stichting bespreekt achtereenvolgens:

- (i) de toepasselijkheid van het nieuwe collectieve actierecht op deze zaak (onderdeel VII.A);
- (ii) de ontvankelijkheid van de Stichting en de door haar ingestelde vorderingen (onderdeel VII.B). De Stichting volgt daarbij overwegend de structuur van art. 3:305a BW, waarbij tevens aandacht wordt besteed aan de eisen van de Claim Code en
- (iii) de geschiktheid van de ingestelde vorderingen voor collectieve afwikkeling (onderdeel VII.C). In dit onderdeel behandelt de Stichting de vereisten van art. 1018c lid 5 Rv. De Stichting licht toe dat deze collectieve procedure te verkiezen is boven individuele procedures en dat de te beantwoorden rechts- en feitelijke vragen voldoende gemeenschappelijk zijn om tot een inhoudelijk vonnis in een collectieve procedure te komen.

⁸⁸

Zie § 85 hiervoor met verwijzing naar het SLEA Rapport, productie 21.

VII.A. Het Nieuwe Collectieve Actierecht vindt toepassing

192. Per 1 januari 2020 trad het Nieuwe Collectieve Actierecht in werking. Het doel van de WAMCA is om de efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen. De WAMCA vormt een balanceeroefening tussen (i) het belang van gedupeerden om hun rechten te kunnen verwezenlijken en (ii) het belang van aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige massaclaims. De WAMCA verandert het materiële aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht uitdrukkelijk niet.
193. De hoofdregel in het overgangsrecht bepaalt dat iedere wet onmiddellijk vanaf inwerkingtreding van toepassing is (art. 68a ONBW). Zonder uitzonderingsregel was de WAMCA van toepassing geweest op alle 3:305a-procedures die op of na 1 januari 2020 aanvingen – ongeacht de datum van de schadeveroorzakende gebeurtenis(sen).
194. Art. 119a lid 2 ONBW bevat een – restrictief uit te leggen – uitzonderingsbepaling. De WAMCA vindt toepassing op (i) procedures gestart op of na 1 januari 2020 in verband met (ii) alles dat passeerde op of na 15 november 2016. De toelichting in het Amendement Van Gent maakt duidelijk dat de WAMCA ook van toepassing is als het onrechtmatig handelen begint vóór 15 november 2016 en daarna voortduurt. In zo'n geval valt, aldus voornoemde toelichting, de gehele procedure onder het nieuwe collectieve actierecht. Er is dus geen splitsing in een deel oud en een deel nieuw. Zo'n splitsing zou niet efficiënt en niet effectief zijn. Een dergelijke tweedeling van de procedure is ook contrair aan het doel van de WAMCA om een doelmatige oplossing te bieden in massaschadesituaties.
195. Het voorgaande geldt ook voor het onderhavige geschil tussen de Stichting en Vattenfall. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt per slot van rekening dat de WAMCA van toepassing is, indien er sprake is van een doorlopende gebeurtenis die zowel voor als na 15 november 2016 plaatsvindt. In de toelichting bij het amendement van het Kamerlid Van Gent wordt expliciet de WAMCA van toepassing geacht op een “reeks van gebeurtenissen” die zowel voor als na 15 november 2016 plaatsvindt.⁸⁹ De rechtbank Amsterdam heeft deze uitleg van het temporele toepassingsbereik van de WAMCA inmiddels bevestigd.⁹⁰ Impliciet deed de rechtbank Midden-Nederland dit ook,⁹¹ en ook de advocaat-generaal bij de Hoge Raad sloot zich recent bij deze uitleg aan.⁹² In zijn arrest van 11 maart 2022 nam de Hoge Raad dit advies over:⁹³

⁸⁹ *Kamerstukken II 2018/19*, 34608, nr. 13 (Amendement Van Gent), p. 2: “In het theoretische geval dat sprake is van een reeks van gebeurtenissen die zowel voor als na 15 november 2016 plaatsvinden, is het recht van toepassing zoals dat geldt op het moment dat de laatste gebeurtenis waarop de vordering betrekking heeft, heeft plaatsgevonden.”

⁹⁰ Rechtbank Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2842, r.o. 3.2:

⁹¹ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/RBMNL-vonnis-02062021-YISP-BV-WORLDSTREAM-BV-SERVERIUS-BV.pdf>

⁹² ECLI:NL:PHR:2021:933, punt 3.28, in cassatie tegen het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177 en waarin het hof het nieuwe collectieve actierecht toepaste, r.o. 4.22. HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:347 (*Stichting Music#MeToo/Warner Music*), r.o. 3.1.4.

“In dit geval is op de voet van de art. 68a en 119a lid 1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek art. 3:305a BW zoals dit luidt sinds 1 januari 2020 van toepassing, aangezien tot aan die datum geen hoofdzaak is ingesteld en er geen aanwijzing is dat de rechtsvordering in de hoofdzaak (uitsluitend) betrekking heeft op een gebeurtenis of gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden voor 15 november 2016 (zie art. 119a lid 2 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek).⁴ [voetnoot verwijst naar: *Kamerstukken II 2018/19*, 34608, nr. 13, p. 2., het amendement Van Gent, toevoeging advocaat]”

196. Vattenfall heeft de kW-vergoeding gedurende twintig jaar doorlopend en daarmee voor én na 15 november 2016 bij de Gedupeerden in rekening gebracht. Dat doet zij nog steeds. De bewoordingen die Vattenfall in haar offertes c.q. contracten en facturen bezigde waren en zijn dezelfde. De berekeningsmethodiek was dezelfde. Het feit dat een afdoende verklaring voor de kW-vergoeding ontbrak, veranderde niet. De bij de misleiding betrokken (rechts)personen waren dezelfde. Ook het toepasselijke materiële recht is voor en na het omslagpunt eender. Hiermee vindt de WAMCA toepassing op de totale vordering van de Stichting in deze procedure.

VII.B. Ontvankelijkheidstoets

197. Onder het oude recht vond een beoordeling van de formele ontvankelijkheid van een belangenorganisatie op de voet van art. 3:305a BW in beginsel tegelijkertijd plaats met de inhoudelijke beoordeling van het geschil. Dat strookte ook met het beginsel van concentratie van verweren. Met de WAMCA is dit uitgangspunt losgelaten. Er is een knip aangebracht tussen de formele en de materiele ontvankelijkheidsfasen. Onder de WAMCA mogen verweerders ervoor kiezen om hun verweer te beperken tot de formele ontvankelijkheid van de eisende partij en de door haar ingestelde vorderingen. De twee fasen worden nu gescheiden door verplichte onderhandelingen in opdracht van de rechter. Vragen over *damage scheduling* en distributieplannen komen pas later in de procedure aan de orde.

VII.B.1. De geschiktheid van de Stichting om als belangenbehartiger op te treden

VII.B.1.a) Rechtsvorm, doelstelling en aansluiting op de procedure

198. De eerste groep ontvankelijkheidsvragen houdt verband met de rechtspersoon zelf: (a) de rechtsvorm van de eiseres, (b) haar statutaire doelomschrijving; (c) de inpassing van de ingestelde procedure in die doelomschrijving:
- (i) de Stichting is een stichting met volledige rechtsbevoegdheid en daarmee kan zij een representatieve organisatie zijn in overeenstemming met art. 3:305a lid 1 BW;
 - (ii) de Stichting heeft als statutaire doelstelling het behartigen van de (gelijksoortige) belangen van Nederlandse (groot)zakelijke klanten van Vattenfall die nadeel en/of schade lijden of hebben geleden in verband met het ten onrechte in rekening brengen van een kW-vergoeding, oftewel de Gedupeerden;
 - (iii) de onderhavige procedure dient deze doelomschrijving. Ter behartiging van de belangen van de Gedupeerden kan de Stichting ter uitoefening van “de Claim”

procedures voeren en schikkingen treffen (art. 2 lid 1 Statuten, **productie 45**).
“Claim” is nader gedefinieerd als:

“klachten, aanspraken en vorderingen van Gedupeerden jegens i. NUON Entiteiten; ii. een of meer Beleidsbepalers, met betrekking tot (vermeend) nadeel dat, en/of (vermeende) verliezen of schade die is geleden of zal worden geleden door de Gedupeerden, en gerelateerd is aan en/of een gevolg is van onder meer (art. 1 sub c):

- het onjuist voorlichten en/of misleiden van (groot)zakelijke klanten in verband met vergoedingen voor energieleverantie en transport;
- het bovenmatig factureren van (groot)zakelijke klanten, waaronder begrepen het zonder deugdelijke grondslag in rekening brengen van een KW-vergoeding;
- het tekortschieten dan wel onrechtmatig handelen (of nalaten) in verband met het bovenstaande, dan wel het ongerechtvaardigd verrijkt zijn in verband daarmee; door of namens een of meer Beleidsbepalers en/of NUON Entiteiten, dit alles in de ruimste zin van het woord”.

199. De voorwaarden qua rechtsvorm, doelstelling en aansluiting van de procedure op die doelstellingen zijn daarmee vervuld.

VII.B.1.b) *Gelijksoortigheid van belangen*

200. De tweede categorie ontvankelijkheidsvragen heeft te maken met de gelijksoortigheid van de belangen die met de procedure zijn gediend. Volgens vaste rechtspraak is aan de eis van gelijksoortige belangen voldaan wanneer de belangen die de procedure moet beschermen zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming kan worden bevorderd.⁹⁴ Gelijksoortigheid betekent niet dat vereist is dat de belangen identiek of overwegend gelijk zijn. Efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt juist bevorderd doordat in één procedure geoordeeld kan worden over vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden van de individuele belanghebbenden betrokken moeten worden.⁹⁵

201. Deze invulling van het criterium gelijksoortigheid kwalificeert Snijders als een “fraai staaltje wisselwerking tussen wetgever en rechter”.⁹⁶ De wetsgeschiedenis bevat een aanzet tot het beoordelen van de ontvankelijkheid in het licht van de effectieve en efficiënte rechtsbescherming.⁹⁷ De Hoge Raad heeft deze lijn gevolgd en bovendien

⁹⁴ HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011, 473 m. nt. H.J. Snijders (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), r.o. 4.2; HR 9 april 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4549, NJ 2010, 388, m. nt. E.A. Alkema, r.o. 4.3.2; vgl. Chr. F. Kroes, ‘Soortgelijke belangen, representativiteit en het bemoeizuchtbezwaar’, *NTBR* 2010, 43.

⁹⁵ *Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*, r.o. 4.2.

⁹⁶ *Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*, Noot Snijders.

⁹⁷ Handelingen EK 29 maart 1994, 26-1387 r.k.

hieraan toegevoegd dat deze invulling van de ontvankelijkheid ook in het belang is van verweerders, omdat aldus “tegenstrijdige beslissingen” voorkomen kunnen worden.⁹⁸

202. Het vereiste van effectieve en efficiënte rechtsbescherming komt ook aan bod in de context van art. 1018c lid 5 Rv.⁹⁹ De eiser moet voldoende aannemelijk maken dat het instellen van de collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van talloze individuele vorderingen. Afwegingsgronden zijn de gemeenschappelijkheid van de feitelijke- en de rechtsvragen; het aantal personen tot wiens bescherming de vordering strekt en, indien er schadevergoeding wordt gevorderd, de omvang van het financieel belang.
203. Mogelijk betoogt Vattenfall dat de achterliggende belangen van de Gedupeerden te heterogeen zijn. Bijvoorbeeld, omdat Vattenfall meent dat de producten en tarieven die zij aanbiedt aan de Gedupeerden specifiek aansluiten op de individuele behoeften van klanten. De belangen van de Gedupeerden zijn echter voldoende gelijksoortig. Interne stukken van Vattenfall en verklaringen van voormalige medewerkers van Vattenfall tonen immers aan dat grote groepen klanten lijdend voorwerp waren van dezelfde acquisitiestrategie. Zo kregen alle “sleepers” de kW-vergoeding in rekening gebracht. Ook de beschrijving van verschillende facturen in het SLEA Rapport (productie 21) en het feit dat Vattenfall de enige partij was die een kW-vergoeding rekende, ondersteunen de gelijksoortigheid. De norm voor de beoordeling van de gelijksoortigheid van de onderliggende belangen is of een abstracte beoordeling van de gestelde geschilpunten en vorderingen mogelijk is. Individuele omstandigheden van Gedupeerden spelen hierbij geen rol.
204. De belangen van de Gedupeerden zijn gelijk. De eventuele verschillen tussen Gedupeerden zijn irrelevant voor de geschonden zorgvuldigheidsverplichting van Vattenfall en de mate waarin haar mededelingen als misleidende omissies zijn aan te merken.
205. Dat de exacte tarieven die de Gedupeerden betaalden onderling verschillen, maakt voor de beoordeling van het geschil niet uit. De juridische kwalificatie van de gedraging blijft dezelfde. De rechtsvraag spitst zich toe op de juridische kwalificatie van het in rekening brengen door Vattenfall van de kW-vergoeding. Ditzelfde geldt ook voor de vraag of de onrechtmatige gedragingen tot schade hebben geleid.¹⁰⁰ Door het in rekening brengen van de kW-vergoeding zijn immers de belanghebbenden op dezelfde wijze in hun portemonnee geraakt¹⁰¹ en moeten zij volgens de Stichting met toepassing van dezelfde maatstaven worden gecompenseerd.
206. Gelijksoortigheid van belangen moet niet verward worden met de cijfermatige gelijkheid van de geleden schade. Dat laatste is geen wettelijk vereiste voor een collectieve afdoening, zoals ook de WCAM-praktijk laat zien, die mede diende als inspiratiebron voor

⁹⁸ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*WorldOnline*), r.o. 4.8.2.

⁹⁹ P.G.J. Wissink, ‘De preliminaire ontvankelijkheidsbeslissing onder de WAMCA: hoe ‘inhoudelijk’ mag de voorfase zijn’, *Tijdschrift voor civiele rechtspraak*, 2021/1, p. 3-4.

¹⁰⁰ Rechtbank Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614, *JOR* 2020/119 m. nt. T.M.C. Arons, r.o. 5.13.

¹⁰¹ Rechtbank Amsterdam 9 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6122, r.o. 4.12-4.13.

een afwikkeling onder de WAMCA. Een andere conclusie zou de toepasselijkheid van de WAMCA ook illusoir maken. Voor zover diversiteit van Gedupeerden tot een diversiteit van de schadevergoedingen leidt en de berekening daarvan, is dit een aspect dat in het kader van de materiele beoordeling van het geschil, na de verplichte onderhandelingsfase, aan bod hoort te komen. Voor zover er verschillen zijn in de duur van de relaties en/of in de hoogte van de kW-vergoedingen die de Gedupeerden hebben betaald, is dat een omstandigheid die in de tweede fase van deze WAMCA-procedure aan bod komt, nadat de rechter partijen op de voet van art. 1018g Rv bevolen heeft om met elkaar in onderhandeling te treden. Partijen kunnen daar dan in het kader van de *damage scheduling* en het opstellen van de daarbij horende voorstellen voor distributieplannen de vereiste aandacht te besteden.

207. Vattenfall lijkt dit punt ook wel te zien. In ieder geval bevestigde zij de juistheid van de door de Stichting gebezigde omschrijving van de Gedupeerden in haar brief van 3 november 2020 (productie 33). Vattenfall Sales stelde hier dat (i) de klanten die een product met de kW-vergoeding afnamen “grootzakelijke klanten” zijn, oftewel klanten met een aansluiting groter dan 3 x 80 Ampère en dat (ii) de kW-vergoeding onderdeel van het tarief was dat deze groep klanten aan Vattenfall moest betalen voor de levering van elektriciteit).
208. Het geschil zou zich daarom moeten richten op de onrechtmatigheid en/of (on)verschuldigdheid van de kW-vergoeding. Dit vraagstuk is juridisch en feitelijk voor alle Gedupeerden gelijk.

VII.B.2. De Stichting en haar activiteiten

209. Uit art. 3:305a lid 2 sub e BW volgt dat de Stichting moet beschikken over voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering.
210. De wetgever wilde met deze voorwaarde aan de rechter de mogelijkheid geven om het trackrecord van belangenorganisaties te toetsen. Daaronder vallen ook het trackrecord en de expertise van hun adviseurs. De belangenorganisatie dient te beschikken over aantoonbare expertise, of toegang daartoe, die relevant is voor de collectieve vordering.¹⁰²
211. De Stichting is een ad-hoc belangenorganisatie. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit geen belemmering is voor het instellen van een collectieve actie, mits de belangenorganisatie kan aantonen dat zij beschikt over de relevante expertise en ervaring voor het voeren van een collectieve actie¹⁰³, en/of expertise en deskundigheid kan aantrekken. In de Memorie van Toelichting staat als voorbeeld dat de stichting voldoet aan dit vereiste wanneer de bestuursleden beschikken over deskundigheid en ervaring.¹⁰⁴ De Stichting is erin geslaagd om deskundigen met relevante ervaring aan zich te verbinden.

¹⁰² *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 3 MvT, p. 20.

¹⁰³ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 3 MvT, p. 20.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 3 MvT, p. 21.

VII.B.2.a) *Het bestuur*

212. Het stichtingsbestuur bestaat uit drie natuurlijke personen. Het bestuur van de stichting bestaat uit [naam], [naam] en [naam]. Twee van hen zijn juristen, waarvan de voorzitter als advocaat ruime ervaring heeft in het voeren van collectieve acties. Het derde bestuurslid heeft een financieel economische achtergrond en beschikt daarnaast over specifieke deskundigheid over de energiemarkt. Voor een nadere beschrijving van de ervaring en achtergrond van de bestuursleden wordt verwezen naar **productie 46**.
213. De Stichting beschikt in overeenstemming met art. 3:305a lid 2 sub b BW en Principe VI van de Claim Code over een toezichthoudend orgaan. De Stichting heeft gekozen voor een functiescheiding tussen bestuur en toezicht. De raad van toezicht bestaat uit drie leden met juridische en financiële deskundigheid ter bevordering van een deugdelijk intern toezicht op het functioneren van het bestuur:¹⁰⁵ De Raad van Toezicht van de stichting bestaat uit [naam], [naam] en [naam]. Voor een nadere beschrijving van hun ervaring en achtergrond verwijst de Stichting naar productie 46.
214. De Stichting beschikt met dit bestuur en deze raad van toezicht over financiële, juridische en sectorspecifieke deskundigheid. Hiermee heeft zij de nodige collectieve actie-ervaring in huis. Tot slot laat de Stichting zich ook bijstaan door raadslieden die affiniteit en ervaring hebben met de afwikkeling van massaschade. Aan de vereisten van ervaring en deskundigheid voldoet de Stichting ruimschoots. (art. 3:305a lid 2 sub e BW)

VII.B.2.b) *De activiteiten van de Stichting*

215. Zoals in de paragraaf hierboven uiteengezet, heeft de Stichting deskundigen aan zich weten te binden en zoals hieronder nog zal worden uiteengezet, heeft de Stichting via een zorgvuldige selectieprocedure ook een externe financier gevonden. Verder wordt de Stichting administratief ondersteund door Claim Share: een professionele dienstverlener op het terrein van massaschade.
216. De Stichting houdt Gedupeerden op de hoogte van de ontwikkelingen in het dossier via haar webpagina en de servicepagina. Op de webpagina's zijn niet alleen de interne stukken van de Stichting en de correspondentie met Vattenfall opgenomen, maar ook relevante publicaties en andere persuitingen. Daarnaast is er een helpdesk die telefonisch bereikbaar is voor de Gedupeerden.
217. De Stichting onderhoudt niet alleen contact met de Gedupeerden die zich actief hebben gemeld, maar bevordert daarnaast ook het publieke debat over deze onderwerpen. Zo heeft zij het thema bedrijfsethiek en misleidende verkooppraktijken in de energiesector, waaronder klokkenluidersproblematiek in het algemeen, ook in bredere zin onder de publieke aandacht gebracht. Onderstaand is een lijst met perspublicaties weergegeven. Desgewenst brengt de Stichting deze stukken als nadere productie in het geding.

DATUM	MEDIUM	TITEL
17/06/2020	persbericht	Persbericht NUON-Claim

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 2016/17, 34 608, 3 MvT, p. 19.*

17/06/2020	Telegraaf	Nuon wacht megaclaim van zakelijke klanten
17/06/2020	BNNVARA	Onterechte kosten voor zakelijke klanten in rekening gebracht bij NUON
13/08/2020	Greenity	Claimclub op zoek naar gedupeerden NUON/Vattenfall
11/12/2020	EenVandaag	Klanten claimen miljoenen terug van energiebedrijf Vattenfall voor jarenlang te hoge rekeningen

218. Daarnaast heeft de Stichting Vattenfall verzocht om nadere informatie en uitleg te verstrekken, heeft zij de kwestie verder onderzocht en heeft zij energie(recht)experts geraadpleegd. De Stichting heeft Vattenfall aansprakelijk gesteld en de rechten van de Gedupeerden zeker gesteld. Toen een bevredigende reactie van Vattenfall uitbleef, is de Stichting in contact gekomen met een aantal potentiële externe procesfinanciers. Dit heeft tot een adequaat financieringsvoorstel voor de Gedupeerden geleid. De externe financiering heeft voor de Gedupeerden het voordeel dat zij geen financiële bijdrage aan deze procedure hoeven te leveren. Evenmin dragen zij enig procesrisico.
219. De Stichting heeft dus reeds verschillende activiteiten ontplooid ten behoeve van de Gedupeerden en zal dit ook in de toekomst blijven doen.

VII.B.2.c) *Inspraak achterban*

220. De belangenorganisatie dient voor doeltreffende mechanismen te zorgen voor de deelname of vertegenwoordiging van de Gedupeerden bij de besluitvorming. Volgens de wetgever is het aan de belangorganisatie zelf om te bepalen op welke manier zij uitvoering geeft aan deze bepaling.¹⁰⁶ Een stichting beschikt niet over een ledenvergadering. Daarom heeft de Stichting gekozen voor andere manieren om de inspraak te waarborgen. Indachtig de overwegingen in de Memorie van Toelichting, geeft het bestuur de Gedupeerden de gelegenheid om zich over bepaalde besluiten uit te laten. Deze bevoegdheid om het bestuur in de gelegenheid te stellen om de Gedupeerden te raadplegen, is ook statutair vastgelegd, onder andere in art. 16 lid 2. In artikel 6 lid 5 is er ook de verplichting opgenomen dat in het geval van besluitvorming over een eventuele schikkingsovereenkomst het draagvlak onder de bekende Gedupeerden wordt betrokken (productie 45).
221. Tot slot heeft de Stichting geïnventariseerd of de bekende Gedupeerden zouden willen participeren in een klankbordgroep en/of een inspraakorgaan van de Stichting. De inventarisatie heeft uitgewezen dat de achterban in deze fase de procesvoering graag aan het bestuur en de raad van toezicht overlaat. Daarom wordt vooralsnog volstaan met de reguliere en gebruikelijke informatievoorziening door de Stichting via de website en/of nieuwsbrieven. In elk geval kunnen Gedupeerden die daar tijd vrij voor kunnen en willen maken, zich te allen tijde organiseren en een klankbordgroep vormen.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2016/17, 34 608, nr. 3 MvT, p. 19-20.*

222. In de Memorie van Toelichting van de WAMCA is bovendien opgenomen dat aangenomen kan worden dat voldaan is aan het vereiste wanneer de belangenorganisatie is ingericht overeenkomstig de (voorganger van de) Claim Code. De Stichting is ingericht overeenkomstig de daarin neergelegde principes. Dit is ook toegelicht in het verantwoordingsdocument (**productie 47**). Daarnaast vermeldt 4 lid 2 en 3 Statuten dat de Stichting de Claim Code volgt zodra zij overgaat tot het voeren van collectieve procedures (productie 45).
223. De Stichting beschikt derhalve over passende inspraakmechanismen in de zin van de wet.

VII.B.2.d) Voldoende middelen en zeggenschap over de vorderingen

224. Uit art. 3:305a lid 2 sub c BW volgt dat de rechtspersoon moet beschikken over voldoende middelen om de kosten te dragen die met het instellen van de rechtsvordering gemoeid zijn. Daarbij geldt als aanvullende eis dat de zeggenschap in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt. Volgens de toelichting in de tweede nota van wijziging is de ratio van deze vereisten dat de rechtspersoon moet beschikken over de capaciteit om de procedure in te stellen en dat het onwenselijk zou zijn als een ander dan de belangenorganisatie bepaalt hoe met de collectieve vordering wordt omgegaan.¹⁰⁷
225. Het voeren van collectieve acties is veelal afhankelijk van externe financiering. De voorfinanciering van de procedure is essentieel voor de toegang tot het recht in collectieve acties.¹⁰⁸ De Stichting heeft voor de financiering van de belangenbehartiging gekozen voor externe financiering middels een financieringsovereenkomst met Bench Walk Guernsey PCC Ltd, een fonds beheerd door Bench Walk Advisors LLC (**Bench Walk**).¹⁰⁹ Bench Walk is een wereldwijd opererende procesfinancier die sinds 2017 meer dan 100 rechtszaken heeft gefinancierd. Het fonds heeft USD 500 miljoen onder beheer. Deze procesfinancier wordt ook genoemd in vooraanstaande juridische *rankings*, zoals Chambers and Partners, Legal500 en Leaders League. De managers van het fonds hebben grote ervaring met financieringen en procederen en hebben diverse onderscheidingen daarvoor gekregen. Ter illustratie van het trackrecord van Bench Walk valt te wijzen op een schikking van een overnamegeschied van USD 441 miljoen die recent met bijstand van deze procesfinancier is gerealiseerd.
226. Het bestuur heeft onderzoek gedaan naar het fonds, de manager, de kapitalisatie, reputatie en trackrecord (deskundigheid en ervaring) en geoordeeld dat financiering middels een financieringsovereenkomst met deze partij passend is bij deze procedure.
227. De financieringsovereenkomst is schriftelijk vastgelegd en kent voor geschillenbeslechting een rechtskeuze voor Nederlands recht en een forumkeuze voor een in Nederland gevestigd arbitrage instituut. De overeenkomst bevat ook een woonplaatskeuze van de financier in Nederland. De Stichting en de financier zijn in de

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 608, nr. 10.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, nr. 3 MvT, p. 11; *Kamerstukken II 2011/12*, 33 126, nr. 6, p. 6; C.J.M. Klaassen, 'De wet afwikkeling massaschade in collectieve actie: eindelijk werkelijkheid, nu nog gaan werken ...', *Tijdschrift voor Civiele rechtspleging*, 2019/4, p. 147.

¹⁰⁹ <https://benchwalk.com>

financieringsovereenkomst een budget overeengekomen voor het voeren van procedures op grond van de WAMCA.

228. Alleen als vorderingen succesvol worden verhaald, is een vergoeding aan de financier verschuldigd. Het betreft een vergoeding voor de geleverde diensten en de risico's en kosten gedragen door de financier. Deze vergoeding bedraagt in geval van een geslaagde WAMCA-procedure, waaronder ook een collectieve schikking wordt begrepen, een compensatie van de door de Stichting gemaakte kosten en maximaal 12% van de gerealiseerde schadevergoeding met een minimum van driemaal de door de Stichting gemaakte kosten.
229. De zeggenschap over de proces- en schikkingsstrategie berust uitsluitend bij de Stichting. Uit de governance van de Stichting, zoals onder andere toegelicht in het verantwoordingsdocument, en uit de financieringsovereenkomst blijkt dat de Stichting onafhankelijk en autonoom optreedt ten opzichte van de externe financier (productie 47, uitwerking van principe III). Onder meer wordt gewaarborgd dat de zeggenschap over de proces- en schikkingsstrategie uitsluitend bij de Stichting berust.
230. De adviseurs van de Stichting en overige dienstverleners treden met betrekking tot deze zaak alleen op voor de Stichting en haar statutaire achterban en niet voor de externe financier. De financieringsovereenkomst waarborgt de vertrouwelijkheid van de aan de Stichting toebehorende informatie en voorziet in voorwaardelijke uitwisseling van informatie, voor zover relevant voor partijen met het oog op de redelijke belangen, rechten en verplichtingen uit hoofde van de financieringsovereenkomst.
231. De wetgever heeft onderkend dat financieringsovereenkomsten informatie bevatten die niet ter kennis zou moeten komen van de verweerders:¹¹⁰
- “Inzage ten behoeve van een andere procespartij zou deze inzicht geven in de mogelijkheden om de procedure verder te dragen (de «oorlogskas»). Een dergelijke inzage is niet wenselijk omdat de aangesproken partij daarop zijn processtrategie kan aanpassen. Zo zou zij bijvoorbeeld kunnen proberen om financiers te benaderen om financiering te stoppen of de procedure proberen te vertragen, omdat zij weet heeft van de beperkte financiële middelen van de verwerende partij.”
232. Dat is ook in deze zaak het geval. De Stichting brengt de financieringsovereenkomst daarom ook niet in het geding. De Stichting heeft met de procesfinancier afgesproken dat zij bevoegd is om nadere informatie uitsluitend aan de rechtbank te verstrekken indien de Rechtbank daarom verzoekt. Voor zover de rechtbank hiertoe aanleiding ziet, verzoekt de Stichting de rechtbank uitdrukkelijk om inzage te nemen op een wijze waarbij de verweerders en hun raadslieden géén inzage in deze informatie krijgen.
233. De Stichting beschikt over voldoende middelen uit de externe financiering, terwijl de hierboven omschreven waarborgen verzekeren dat de Stichting de volledige zeggenschap over de vorderingen houdt. De Stichting voldoet daarom niet alleen aan de wettelijke vereisten, maar ook aan principe III van de Claim Code.

¹¹⁰ *Kamerstukken II, 2017/18, 34 608, nr. 6, p. 11-12.*

VII.B.3. Representativiteit en waarborging van belangen

234. Art. 3:305a lid 2 BW vereist dat de belangen van de achterban voldoende gewaarborgd worden. Dat is het geval wanneer de rechtspersoon voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde belangen.

VII.B.3.a) *Achterban*

235. Deze voorwaarden dienen te voorkomen dat een rechtspersoon een rechtsvordering kan instellen zonder dat er een reële achterban is die gebaat kan zijn bij de uitkomst van de procedure. Het begrip achterban is niet gedefinieerd in de bepaling, maar op basis van de tekst van de Memorie van Toelichting kan worden aangenomen dat bedoeld wordt het kwantitatief aandeel van de groep getroffen gedupeerden voor wie de rechtspersoon opkomt.¹¹¹

236. Op voorhand moet duidelijk zijn dat de rechtspersoon voor een “voldoende groot deel van de groep getroffen gedupeerden opkomt.”¹¹² Dat doet de Stichting uit hoofde van haar statutaire doelstelling. De vorderingen die zij instelt in deze procedure dienen ook de belangen van die gehele achterban, ongeacht of zij zich gemeld hebben bij de Stichting. De Memorie van Toelichting bevat een andere aanwijzing voor de toetsing van representativiteit. Als voorbeeld wordt genoemd het aantal gedupeerden dat zich “actief voor de vordering heeft aangemeld”.¹¹³ Dit is maar een voorbeeld en zeker niet de enige manier waarop representativiteit beoordeeld kan worden.

VII.B.3.b) *Omvang vertegenwoordigde belangen*

237. Wat betreft de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen vond de rechtbank Amsterdam 3% van de getroffen aandelen een voldoende concreet belang bij het collectief oordeel in de hoofdzaak. Dit betrof een vordering ten behoeve van aandeelhouders, ingesteld door een vereniging van gedupeerde aandeelhouders.¹¹⁴

238. Op het moment van dagvaarden hebben zich 427 Gedupeerden bij de Stichting aangemeld. Uitgaand van een geschatte groep van ten minste 5.000 Gedupeerden mag de Stichting dan ongeveer 9% van de Gedupeerden tot haar actieve achterban rekenen. Blijkt het totale aantal Gedupeerden significant hoger, dan gaat dat percentage omlaag. Niettemin heeft de Stichting dan nog altijd de steun van een substantieel aantal Gedupeerden met een significante vordering op Vattenfall. Dat maakt de Stichting voldoende representatief om deze collectieve vordering in te stellen.

239. Ten overvloede wijst de Stichting erop dat bij een dergelijke numerieke invulling van een kwalitatief criterium voorzichtigheid geboden is. Daarvoor bestaan meerdere redenen. Allereerst is de WAMCA gebaseerd op het uitgangspunt van een procedure op basis van opt-out. Daarvoor is, onder andere, gekozen om de administratieve lasten en de

¹¹¹ MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 3, p. 19; W.H. van Boom, ‘WCA – WCAM – WAMCA’, *Tijdschrift voor consumentrecht en handelspraktijken*, 2019/4, p. 157.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Rechtbank Amsterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6840, r.o. 4.18-4.20 (VEB/Steinhoff); A.W. Jongbloed, *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 18.2.

uitvoeringskosten van belangenorganisaties en de rechtbank laag te houden. De belangenorganisatie verplichten om aan te tonen dat een zo groot mogelijk aantal actieve groepsleden de actie ondersteunt, is in strijd met dit uitgangspunt. Het zou immers betekenen dat er toch nog een soort opt in-model geïntroduceerd wordt. Dit leidt bovendien tot tegenstrijdige en verwarrende boodschappen die de werking en het gezag van het collectieve actie-recht ondermijnen: enerzijds wordt de achterban uitgelegd dat benadeelden automatisch profiteren van de collectieve actie en daarvoor niets hoeven te doen, anderzijds worden ze aangespoord om zich aan te melden en actief steun uit te spreken voor de actie zonder dat een actieve houding tot extra beloning mag leiden.

240. Verder blijkt in de praktijk dat het administreren van voldoende steun bij de achterban tal van financiële en praktische (ook AVG-gerelateerde) uitdagingen en verantwoordelijkheden voor de belangenorganisaties met zich meebrengt. Dat zou betekenen dat nog meer kostbare externe financiering nodig is om een collectieve actie mogelijk te maken. Heel zinvol en effectief is dat niet; de ervaring met de afwikkeling van de Fortis-kwestie laat zien dat de niet-actieve achterban zich pas in groten getale meldt als er 'geld op tafel' ligt. In een (vroeg) fase van collectieve procesvoering komt deze groep niet of nauwelijks in beweging. Deze groep overreden zou leiden tot een stijging van de proceskosten. De proceskosten moet de procesfinancier van de Stichting dan voorfinancieren. De procesfinancier zal over deze aanvullende investeringen rendement willen behalen. Dat betekent dat de *success fee* van de procesfinancier in absolute zin verder stijgt. Deze verdere stijging van de proceskosten brengt een twijfelachtige meerwaarde voor de kwaliteit van de uitkomst. Niet voor niets heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor een belangenbehartiging in collectieve acties door organisaties die aan kwalitatieve eisen voldoen en niet door individuele belangenbehartigers.
241. Het is lang niet altijd duidelijk hoe groot de omvang van een groep benadeelden is. Daarvoor zal geregeld nader feitenonderzoek in de procedure moeten plaatsvinden. Dat maakt het moeilijk om het representatieve percentage leden te bepalen dat zich actief voor de actie aanmeldt. Bij stichtingen, die immers geen leden kennen, is dit in het algemeen nog lastiger dan bij verenigingen. Zelfs bij WCAM-schikkingen, waar sprake is van meewerkende verweerders, is het vaak onbekend hoe groot de achterban is die van de schikking profiteert. Dat heeft nooit tot niet-ontvankelijkheid van de betrokken organisaties geleid.
242. Tot slot is een kwantitatief criterium voor representativiteit niet effectief en niet efficiënt. De WAMCA bevat al zware kwalitatieve eisen ten aanzien van onder meer de besluitvorming, de communicatie en de transparantie van de Stichting. Het gevolg daarvan is dat een (kwantitatief) criterium dat bedoeld is om de belangen van de groepsleden te waarborgen in feite een tegengesteld effect heeft. Hantering van een kwantitatief criterium maakt het voor de belangenorganisaties dermate moeilijk om aan de kostbare en zware representativiteitseisen te voldoen dat het risico ontstaat dat collectieve belangenbehartiging in het geheel achterwege blijft. Dat kan niet de bedoeling van de WAMCA-wetgever zijn geweest. Veel waarschijnlijker is dat de wetgever zich deze praktische implicaties en innerlijke tegenstrijdigheden in de WAMCA bij de totstandkoming daarvan onvoldoende heeft gerealiseerd.



VII.B.4. Transparantie-eisen

243. Art. 3:305a lid 2 sub d BW bevat verschillende transparantie-eisen. Aan deze eisen moet de belangenbehartiger die een collectieve vordering instelt voldoen om ervoor te zorgen dat de belangen van de gedupeerden voldoende zijn gewaarborgd.¹¹⁵ De Gedupeerde moet op basis van de door de Stichting aangeboden informatie een geïnformeerde keuze kunnen maken over het al dan niet gebonden willen zijn aan de uitkomst van de procedure. Ook dient de gedupeerde op de hoogte te worden gehouden over de voortgang van de procedure. De opgenomen voorwaarden zijn geïnspireerd door de (voorganger van de) Claim Code.¹¹⁶

244. De bepaling bevat negen verplichtingen die betrekking hebben op openbaarheid. De Stichting beschrijft onderstaand hoe zij daaraan heeft voldaan. De website¹¹⁷ moet de volgende informatie en stukken bevatten:

- (i) de statuten van de Stichting. Deze zijn als een pdf-bestand beschikbaar gesteld op de webpagina van de stichting;
- (ii) informatie over de bestuursstructuur. De bestuursstructuur is op de webpagina inzichtelijk gemaakt. Hier staat ook informatie over de personen in het bestuur en in de raad van toezicht;
- (iii) de laatst vastgestelde jaarlijkse verantwoording op hoofdlijnen van het toezichthoudend orgaan. Deze informatie is neergelegd in het op de website van de Stichting te raadplegen “*Verantwoordingsdocument Stichting NUON-Claim*” (productie 47);
- (iv) het bestuursverslag; deze informatie is vervat in het verantwoordingsdocument;
- (v) inzicht in de bezoldiging van de bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan. Ook deze informatie is te vinden in het “*Verantwoordingsdocument Stichting NUON-Claim*”;¹¹⁸
- (vi) informatie over de doelstellingen en werkwijzen van de Stichting. De webpagina bevat een aparte paragraaf met als titel “doelstelling, governance en financiering”. Zoals de titel al aangeeft, staat hier een toelichting op de doelstelling en de werkwijze. Deze paragraaf bevat onder meer de volgende vermelding:

“De Stichting heeft ten doel het behartigen van de belangen van (groot)zakelijke klanten die nadeel en/of schade lijden of hebben geleden in verband met het in rekening brengen door Vattenfall N.V. en daarmee verbonden rechtspersonen van een kW-vergoeding op de elektriciteitsrekening. De stichting heeft een bestuur en een raad van toezicht. Het bestuur stuurt de advocaat aan en neemt zelfstandig besluiten. Belangrijke besluiten, zoals het aanvangen van juridische procedures en

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 3 MvT, p. 20.

¹¹⁶ Idem; Principe I, II, III, V en VI van de Claimcode.

¹¹⁷ <https://nuon-claim.nl/over-ons>.

¹¹⁸ Verantwoordingsdocument Stichting, productie 47, p. 5.

het aangaan van schikkingsovereenkomsten, zijn aan goedkeuring door de raad van toezicht onderhevig.”

Daarnaast wordt in deze paragraaf verwezen naar het verantwoordingsdocument dat onder aan de paragraaf beschikbaar wordt gesteld. In het verantwoordingsdocument wordt nog uitgebreidere informatie gegeven over de Stichting, waaronder haar doelstelling en werkwijze;

- (vii) een overzicht van de stand van zaken in lopende procedures. Zoals hierboven uiteengezet, is de Stichting een ad-hoc belangenorganisatie. Er zijn dus geen lopende of eerdere procedures gevoerd door de Stichting. De Stichting geeft via de webpagina de stand van zaken weer van deze procedure;
- (viii) een overzicht van de wijze, waarop personen zich kunnen aansluiten bij de rechtspersoon en de wijze waarop zij deze aansluiting kunnen beëindigen. Er is een contactformulier op de webpagina. Daarnaast is op dezelfde pagina een doorverwijzing (link) naar de servicepagina, waar de Gedupeerde zich kan inschrijven. Op dezelfde servicepagina (onder documenten) is ook een pdf-versie van de deelnemersovereenkomst te vinden (**productie 48**). Inschrijving is voor een deelname aan de WAMCA-actie echter niet nodig. In zoverre is deze bepaling ten overvloede en
- (ix) indien aan de Gedupeerden een bijdrage gevraagd wordt ter ondersteuning van de actie, moet inzicht in de berekening van deze bijdrage worden geboden. Dit vereiste is niet van toepassing op de Stichting, omdat zij geen registratie- of inschrijfgeld of andere geldelijke bijdrage vraagt van de Gedupeerden.¹¹⁹

245. De Stichting voldoet hiermee aan alle wettelijke transparantievereisten.

VII.B.5. Aanvullende ontvankelijkheidseisen voor de Stichting

246. Art. 3:305a lid 3 BW bevat twee aanvullende ontvankelijkheidseisen:

- (i) bestuurders betrokken bij de oprichting van een rechtspersoon en hun opvolgers hebben geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd en
- (ii) het territoriaal ontvankelijkheidsvereiste.

VII.B.5.a) *Geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk*

247. Deze eis betreft een codificatie van de aanbevelingen van de Juristengroep en Principe I voorganger Claim code (principe 2 Claim code).¹²⁰ De achtergrond van deze bepaling is te voorkomen dat oprichters of bestuurders een greep in de kas van de Stichting kunnen doen.¹²¹

¹¹⁹ Productie 47, uitwerking bij principe II.

¹²⁰ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 3 MvT, p. 21.

¹²¹ *Ibidem*.

248. De bestuurders van de Stichting hebben geen rechtstreekse of middellijk winstoogmerk dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd. Het verbod op een persoonlijk winstoogmerk van de bestuurders is opgenomen in art. 5 lid 2 Statuten. In de Statuten zijn ook aanvullende waarborgen opgenomen om te voorkomen dat bestuurders beschikken over de gelden van de Stichting als ware het hun eigen vermogen. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de Stichting komt toe aan het Bestuur, alsmede aan twee Bestuurders gezamenlijk handelend.¹²² Bestuurders zijn uitsluitend gezamenlijk bevoegd over het vermogen van de Stichting te beschikken. Dit is ook vastgelegd in het Handelsregister (**productie 49**). Daarnaast beschikt de Stichting ook over een toezichthoudend orgaan om de belangen van de Stichting en de deelnemers te waarborgen.¹²³
249. De Stichting vraagt de Gedupeerden bovendien niet om een vergoeding (zoals registratie- of inschrijfgeld), zodat er geen risico is op ongepast gebruik van deze middelen. Over de bestemming van een eventueel batig liquidatiesaldo is in de Statuten bepaald dat dit zoveel mogelijk besteed wordt overeenkomstig het doel van de Stichting en ten goede dient te komen aan de Gedupeerden of aan een ANBI-instelling.¹²⁴
250. In het verantwoordingsdocument wordt onder principe 2 Claim Code ook benadrukt dat de Stichting geen winstoogmerk heeft en dat bestuurders niet bevoegd zijn om te beschikken over het vermogen en inkomsten als ware het hun eigen vermogen.¹²⁵ Deze punten zijn ook verankerd in de Statuten.

VII.B.5.b) *Territoriaal ontvankelijkheidsvereiste of scope rule*

251. De wetgever heeft een territoriaal ontvankelijkheidsvereiste of *scope rule*¹²⁶ opgenomen in de WAMCA om de internationale reikwijdte van de nieuwe collectieve actie af te bakenen. Vereist is dat zaken een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer. Gezien het Nederlandse karakter van deze procedure is dit onderwerp in deze procedure evenwel niet relevant.

VII.B.6. Voldoende overleg

252. Op grond van artikel 3:305a lid 3 sub c BW is een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 niet ontvankelijk, indien deze onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg te bereiken.¹²⁷
253. De Stichting heeft Vattenfall herhaaldelijk schriftelijk uitgenodigd voor overleg met daarin tevens opgenomen de grondslagen van de vordering. De Stichting verwijst naar haar brief aan Vattenfall van 10 juli 2020 (productie 30) en de reactie daarop van Vattenfall van 24

¹²² Art. 7 lid 2 Statuten.

¹²³ Art. 12 Statuten. Rechtbank Amsterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6840 (*VEB/X*), r.o. 4.21 en 4.22,

¹²⁴ Art. 20 lid 3 Statuten.

¹²⁵ Verantwoordingsdocument Stichting, productie 47.

¹²⁶ C.J.M. Klaassen, 'De wet afwikkeling massaschade in collectieve actie: eindelijk werkelijkheid, nu nog gaan werken', *Tijdschrift voor Civiele rechtspleging*, 2019/4, p. 148.

¹²⁷ Rechtbank Amsterdam 9 december 2020, ECLI:RBAMS:2020:6122, r.o. 4.4.-4.5; rechtbank Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:RBAMS:2020:5271, r.o. 5.18-5.19.

juli 2020 (productie 31). De Stichting heeft Vattenfall bij brief van 19 oktober 2020 nogmaals aangeschreven (productie 32). In haar reactie op deze brief van 3 november 2020 (productie 33) stelde Vattenfall zich op het standpunt dat:

“... Vattenfall N.V. geen enkele betrokkenheid heeft bij de totstandkoming of uitvoering van de overeenkomsten voor de levering van elektriciteit en ook geen contractpartij is van de klanten wiens belangen de Stichting behartigt.”

254. Opmerkelijk genoeg nodigt Vattenfall de Stichting in deze brief wel uit om klanten met vragen over hun product door te verwijzen naar Vattenfall. Met de Stichting wil Vattenfall echter niet praten.
255. De Stichting wendde zich laatstelijk bij brief van 9 december 2021 (productie 36) tot Vattenfall. In de laatste brief nodigde de stichting Vattenfall opnieuw uit voor overleg met een expliciete verwijzing naar het overlegvereiste. In §§ 11-12 van deze brief herhaalt de Stichting ook de grondslagen van het gevorderde.
256. Bij brief van 23 december 2021 (productie 37) wijst Vattenfall iedere aansprakelijkheid van de hand en slaat zij de uitnodiging om te overleggen af. Een dergelijk weigering van een gedaagde om in overleg te treden dient eveneens te worden meegewogen in de beoordeling of aan het vereiste van vooroverleg is voldaan.¹²⁸ Aan het vereiste van vooroverleg is ruimschoots voldaan.

VII.C. De geschiktheid van de vordering voor collectieve afdoening

VII.C.1. Efficiënte en effectieve rechtsbescherming

VII.C.1.a) *Voldoende gemeenschappelijk*

257. In de rechtspraak over de WAMCA moet het vraagstuk rondom ‘voldoende gemeenschappelijkheid’ nog tot uitwerking komen. In de rechterlijke uitspraken over het oude collectieve actierecht zijn wel aanknopingspunten voor de interpretatie van de norm te halen. Daarbij past wel de kanttekening dat het oude recht een schadevergoeding in geld niet toeliet. Zaken als causaliteit en schadeomvang bleven onder het oude recht wegens hun individuele karakter vaak buiten beschouwing. Daarin is overigens wel een kentering gekomen. Dat laat de uitspraak van de rechtbank Amsterdam in de zaak van Stichting Car Claim tegen Volkswagen c.s. fraai zien, omdat de rechtbank hier overweegt dat de oude bezwaren tegen de veroordeling tot schadevergoeding klaarblijkelijk niet meer relevant zijn voor de wetgever, wat in dat geval betekent dat de rechtbank de omvang van de schadevergoeding in ieder geval declaratoir kan vaststellen.¹²⁹
258. De Stichting acht zowel de normschending, als de feiten, de causaliteit en de schade voldoende abstraheerbaar van de belangen van individuele Gedupeerden. De

¹²⁸ Rechtbank Amsterdam 30 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3307, r.o. 7.21; rechtbank Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142, *NJF* 2021/399, r.o. 2.19–2.22; rechtbank Groningen 6 juni 1997, ECLI:NL:RBGRO:1997:AI9562, r.o. 4.3; Jongbloed schrijft dat er uitzonderingen zijn op de verplichting tot vooroverleg. Bijvoorbeeld als het aan de wederpartij te wijten is dat er geen overleg plaatsvindt, zie Jongbloed, *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 29.5.

¹²⁹ Rechtbank Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617, r.o. 18.30.

Gedupeerden zijn gebaat bij een behandeling van het geschil in de vorm van een collectieve actie.

VII.C.1.b) De grondslag van de vorderingen

259. De Stichting baseert haar vordering, primair, op onrechtmatige daad. Vattenfall heeft haar zorgvuldigheidsverplichtingen jegens de Gedupeerden geschonden door het aanbieden en in rekening brengen van een niet geleverde prestatie. Daarnaast heeft Vattenfall misleidende mededelingen gedaan aan de Gedupeerden. Subsidiair beroept de Stichting zich op onverschuldigde betaling en meer subsidiair op wanprestatie.
260. De zorgvuldigheidsverplichting van Vattenfall, waarop de Stichting een beroep doet, is ook goed abstract van individuele Gedupeerden te toetsen.¹³⁰ In het Ponzi-zwendel arrest, dat betrekking heeft op de bancaire zorgplicht, overwoog de Hoge Raad dat bij de beantwoording van de vraag of de bank “onzorgvuldig en dus onrechtmatig heeft gehandeld”, dient te worden “geabstraheerd van bijzondere omstandigheden aan de zijde van beleggers”.¹³¹
261. In collectieve acties waarin de eiseres een beroep deed op misleidende reclame en oneerlijke handelspraktijken, pleegt ook geabstraheerd te worden van het individu.¹³² Gelijksoortigheid zit bij dat soort vorderingen ingebakken in de maatstaf die de rechtbank moet aanleggen bij beoordeling van de vorderingen. Bij de beoordeling is de ‘maatman’ het uitgangspunt; niet de individuele gedupeerde. De noodzakelijke abstrahering volgt hier derhalve uit de materiële norm.¹³³ Vertaald naar deze zaak dient het kennisniveau van de Gedupeerden te worden bepaald aan de hand van een maatman, de gemiddelde grootverbruiker. De Rechtbank dient steeds naar de gemiddelde Gedupeerde te kijken; niet naar een gesubjectieerde analyse van iedere afzonderlijke Gedupeerde. Ook op dat punt lenen de vorderingen zich voor een collectieve beslechting.
262. Voor zowel onverschuldigde betaling als wanprestatie heeft te gelden dat ook de feiten van de zaak voor alle Gedupeerden in belangrijke mate dezelfde zijn. Vattenfall paste dezelfde handelwijze toe op grote groepen Gedupeerden. Zij bediende zich van standaarddocumentatie, zoals offertes en algemene voorwaarden.
263. De feitelijke vragen die beantwoord dienen te worden zijn ook voldoende gemeenschappelijk. De normschendingen die de Stichting aan haar vorderingen ten grondslag legt, zijn immers jegens alle Gedupeerden hetzelfde. De wijze waarop Vattenfall deze normen schond, is ook gelijksoortig; de gebruikte documentatie (offertes, facturen, algemene voorwaarden) is volledig geüniformeerd en leent zich niet voor individuele analyse.

¹³⁰ Hoge Raad 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (*Ponzi-zwendel*), r.o. 4.4.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Hoge Raad 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178 (*Staatsloterij/Loterijverlies*); Hoge Raad 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*VEB/World Online*).

¹³³ C.M.D.S. Pavillon, ‘Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade? Een onderzoek naar de veralgemeniseerde toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het pre-WAMCA- tijdperk’, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2019/4.

264. Er zijn ook anderszins geen divergerende individuele omstandigheden die een collectieve behandeling zouden belemmeren. De Gedupeerden vormen een nauw definieerbare groep van Grootverbruikers. De verschillen betreffen uitsluitend de duur van de overeenkomst en dus de periode dat Vattenfall de kostenpost in rekening bracht of brengt en de hoogte van de vergoeding. Een ander verschil kan bestaan tussen “*sleepers*”, “*floaters*” en retentiekanten, maar de omvang van elk van deze subgroepen betreft al duizenden Gedupeerden. Bovendien zijn al deze groepen slachtoffer van dezelfde praktijk van Vattenfall. Beperkte feitelijke verschillen zijn inherent aan de afwikkeling van massaschade in collectieve actie en zijn geen belemmering voor de toepasselijkheid van de WAMCA. De wetgever heeft de mogelijkheid gecreëerd om schadecategorieën te laten vaststellen waardoor individuele verschillen kunnen worden ondervangen.¹³⁴
265. De vraag of de Gedupeerden schade hebben geleden en hoe deze berekend moet worden is voor alle Gedupeerden op dezelfde wijze te beantwoorden. De schade bestaat voor alle Gedupeerden uit de ten onrechte in rekening gebrachte kW-vergoeding. De juridische kwalificatie van de kW-vergoeding, de toepasselijke rente en de berekeningswijze ervan en de aansprakelijkheid van Vattenfall vallen voor alle Gedupeerden op dezelfde wijze uit. Mochten er tussen groepen gedupeerden subtiele verschillen zijn, dan kan de rechtbank een onderscheid aanbrengen in eventuele subgroepen. Dat kan ook binnen de context van één WAMCA-procedure. Dat volgt ook uit de memorie van toelichting voor de WAMCA, waarin het volgende wordt overwogen:
- “Artikel 6:97 BW bepaalt dat rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Dit laat ruimte om in geval van een collectieve schadevergoedingsactie de schade te begroten aan de hand van schadecategorieën. De indeling in categorieën in de voorstellen van partijen kan de rechter hierbij mede als basis gebruiken. Hij is daaraan uiteraard niet gebonden.”¹³⁵
266. De Stichting is niet bekend met relevante, individuele omstandigheden die het bepalen van de schade bemoeilijken of waarmee bij het bepalen van schade categorieën geen rekening kan worden gehouden. Als voorbeelden worden vaak eigen schuld, verjaring, voordeelstoerekening of onzekere toekomstige omstandigheden genoemd¹³⁶, maar zelfs met dergelijke omstandigheden kan rekening worden gehouden bij het definiëren van de (sub)groepen van gedupeerden en/of bij het opstellen van het distributieplan en de uitdelingscriteria. De verschillen tussen de Gedupeerden betreffen hoogstens het exacte bedrag van hun schade. Dit verschil kan bij uitstek worden ondervangen met een rekenformule. Dergelijke omstandigheden staan niet aan in de weg aan een generiek oordeel van de rechtbank dat Vattenfall de kW-vergoedingen plus rente aan de Gedupeerden dient te vergoeden.
267. De Stichting acht een collectieve behandeling van de schade van de Gedupeerden wenselijk. Het aantal Gedupeerden is omvangrijk en overstijgt de 5.000. De schade per Gedupeerde bedraagt gemiddeld EUR 4.000 per jaar, maar ligt in de bandbreedte van enkele duizenden euro's per jaar tot enkele tienduizenden euro's, afhankelijk van de aansluiting en het aantal jaren dat de Gedupeerden klant was en het aantal jaren waarin

¹³⁴ Art. 1018i Rv.

¹³⁵ *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, nr. 3 MvT, p. 52

¹³⁶ A.Ch.H. Franken, ‘Schokkende schade’, *AV&S* 2015/33.

de Gedupeerde de kW-vergoeding voldeed. Bij – conservatief geschat – 5.000 klanten die gedurende twintig jaar EUR 4.000 te veel betaalden, bedraagt het nominale schadebedrag voor de gehele Relevante Periode zo'n EUR 400 miljoen, exclusief wettelijke rente. De vertegenwoordigde vordering is derhalve ook aanzienlijk, en in ieder geval voldoende om afwikkeling in het kader van de WAMCA te rechtvaardigen.

VII.C.2. Niet summierlijk ondeugdelijk

268. Uit art. 1018c lid 5 sub c Rv volgt dat op het moment dat het geding aanhangig wordt niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering dient te blijken. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat deze bepaling met grote terughoudendheid dient te worden toegepast.

“Doel van de bepaling is om in uitzonderlijke gevallen een collectieve vordering al voor de inhoudelijke behandeling ervan van tafel te krijgen omdat deze niet deugt. Een voorbeeld zou kunnen zijn het geval dat een collectieve vordering wordt ingesteld voor de burgerlijke rechter terwijl overduidelijk is dat alleen de bestuursrechter over de vordering kan oordelen op basis van de regels voor de scheiding tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter.”¹³⁷

269. Er is in het huidige geschil geen enkele reden om aan te nemen dat de collectieve vordering van de Stichting, summierlijk of anderszins, ondeugdelijk zou zijn.

VIII. **BEVOEGDHEID RECHTBANK AMSTERDAM**

270. De bevoegdheid van de rechtbank volgt uit het feit dat de vestigingsplaats van de gedaagden in Amsterdam gelegen is.

IX. **BEWIJSAANBOD**

271. Indien en voor zover het bewijs nog niet wordt geacht te zijn geleverd, biedt de Stichting bewijs aan van al haar stellingen met alle middelen die tot haar beschikking staan. Hieronder valt ook het horen van getuigen, de benoeming van deskundigen en het in het geding brengen van nadere stukken, bestanden en datadragers. De Stichting aanvaardt vrijwillig geen enkele bewijslast die niet reeds conform het toepasselijke recht op haar rust.

272. De Stichting heeft bewijs geleverd door middel van correspondentie, overeenkomsten, verklaringen, facturen en een deskundigenrapport. Meer specifiek biedt de Stichting bewijs aan van de navolgende door haar ingenomen stellingen, door het horen van getuigen:

- (i) dat de kW-vergoeding onterecht in rekening is gebracht bij Grootverbruikers;
- (ii) dat Vattenfall geen goed of dienst leverde voor de kW-vergoeding en

¹³⁷ *Kamerstukken II, 2016/17, 34608, nr. 3 MvT, p. 39; M. Postma, De toetsing van de summierlijk blijkende ondeugdelijkheid van een collectieve vordering in de WAMCA, Verkeersrecht 2021/78.*

- (iii) dat Vattenfall de enige leverancier is in Nederland die een post gecontracteerd vermogen in rekening brengt aan haar klanten.
273. De Stichting behoudt zich het recht voor om aanvullend vorderingen tot het verkrijgen van informatie in te stellen over in deze dagvaarding genoemde en andere onderwerpen. De Stichting wenst te kunnen beschikken over voor haar vorderingen relevante informatie en heeft Vattenfall in haar brief van 9 december 2021 verzocht deze aan haar ter beschikking te stellen. Daarbij gaat het om:
- (i) het interne handboek van de Sales Afdeling ('HIEPHOI') in alle beschikbare versies in de Relevante Periode;
 - (ii) een opgave van de aantallen “*sleepers*”, retentiekanten en “*floaters*” door de jaren heen;
 - (iii) een opgave van het totale aantal Gedupeerden en
 - (iv) het als kW-vergoeding per maand gefactureerde bedrag aan Gedupeerden, voor zover Vattenfall dat niet reeds hebben vergoed aan Gedupeerden tegen verlening van kwijting.
274. De Stichting stelt zich op het standpunt dat Vattenfall deze informatie in het geding dient te brengen. Dat is al nodig tijdens de formele voorfase, omdat deze informatie de rechtbank beter in staat stelt de exacte omvang van de nauw omschreven groep en het totaalbedrag van de vorderingen van deze groep te beoordelen. Dat is weer van belang voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van de vorderingen van de Stichting.
275. De Stichting verzoekt de rechtbank om Vattenfall, indien zij blijft weigeren de gevraagde informatie te verstrekken, tot verstrekking daarvan te veroordelen.

X. PROCESKOSTEN

276. De Stichting vordert dat Gedaagden hoofdelijk tot voldoening van de redelijke kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid (art 6:96 lid 2 aanhef en sub b BW) en de proceskosten worden veroordeeld (vgl. art. 237 lid 1 Rv), zulks te vermeerderen met de nakosten.
277. Naast proceskosten vordert de Stichting ook vergoeding van door haar gemaakte en te maken buitengerechtelijke kosten.
278. Gelet op de door de Stichting gemaakte kosten, mede in verband met het samenstellen van het dossier, het inwinnen van inlichtingen, het opstellen van aanmaningen, het voeren van inhoudelijke correspondentie in combinatie met de hoogte van de vorderingen, die de hoogste drempel van de gehanteerde staffel te boven gaat, zijn de reguliere buitengerechtelijke kosten gemaximeerd. Dit bedrag komt derhalve voor vergoeding in aanmerking.
279. Voor zover de rechtbank Amsterdam oordeelt dat de WAMCA op de vorderingen van de Stichting van toepassing is en een uitspraak ingevolge art. 1018i Rv doet, vordert de Stichting op grond van art. 1018l lid 2 Rv een veroordeling van Gedaagden in de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de Stichting heeft gemaakt, met

inbegrip van de verplichtingen die de Stichting is aangegaan jegens Bench Walk. De Stichting verwijst in dit verband naar het gestelde in onderdeel V.C hiervoor.

280. Bij afwijzing van de vordering verzoekt de Stichting de Gedaagden in overeenstemming met de reguliere bepalingen in de kosten van het geding te veroordelen.

XI. PETITUM

REDENEN WAAROM de Stichting de rechtbank vraagt bij vonnis, zoveel als mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I primair:

voor recht te verklaren dat het in rekening brengen door Vattenfall van de kW-vergoeding aan de Gedupeerden een onrechtmatige daad vormt en dat Vattenfall de daaruit voortvloeiende schade dient te vergoeden;

II subsidiair:

voor recht te verklaren dat (i) de betalingen die de Gedupeerden bij wijze van KW-vergoeding hebben voldaan aan Vattenfall onverschuldigd betaald zijn en (ii) dat Vattenfall deze bedragen te kwader trouw heeft aangenomen;

III meer subsidiair:

voor recht te verklaren dat Vattenfall door het in rekening brengen van de kW-vergoeding jegens de Gedupeerden toerekenbaar in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen is tekortgeschoten, en Vattenfall jegens de Gedupeerden aansprakelijk is voor alle door hen geleden schade en

IV in alle gevallen:

- A Vattenfall hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de Gedupeerden van de bedragen die zij gedurende de Relevante Periode als kW-vergoeding aan Vattenfall hebben betaald, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente, steeds te berekenen vanaf het moment van ontvangst door Vattenfall van het bedrag van de kW-vergoeding dan wel het moment waarop Vattenfall in verzuim is gekomen;
- B Vattenfall te gebieden het in rekening brengen van de kW-vergoeding aan de Gedupeerden te staken op straffe van verbeurte van een aan de Stichting te betalen dwangsom van EUR 25.000 per keer dat Vattenfall in strijd met dit gebod handelt met een maximum van EUR één miljoen, en de Gedupeerden over de inhoud van het in deze zaak te wijzen vonnis te informeren;
- C Vattenfall hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding aan de Stichting van:
- i. de volledige door de Stichting gemaakte buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het in deze procedure te wijzen vonnis tot aan de dag van algehele voldoening, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

- ii. de volledige proceskosten van de Stichting, waaronder de kosten die zij uit hoofde van de procesfinancieringsovereenkomst dient te vergoeden aan haar procesfinancier, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het in deze procedure te wijzen eindvonnis tot aan de dag van algehele voldoening, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- iii. de kosten die de Stichting zal maken in verband met de handelingen die de Stichting in haar hoedanigheid van (mede) exclusieve belangenbehartiger tot aan het eindvonnis geacht zal worden uit te voeren, waaronder maar niet beperkt tot kosten ex art. 1018f lid 3 BW;
- iv. de volledige kosten van de Stichting die zij in verband met de schadeafwikkeling zal maken vanaf het in deze procedure te wijzen eindvonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het in deze procedure te wijzen eindvonnis tot aan de dag van algehele voldoening, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; en
- v. de kosten die de Stichting zal maken ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het in deze procedure te wijzen eindvonnis tot aan de dag van algehele voldoening, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

een en ander met dien verstande dat voor zover de rechtbank van oordeel is dat op het onderliggende feitencomplex het collectieve actierecht van toepassing is zoals dat gold voorafgaand het Nieuwe Collectieve Actierecht, dan heeft te gelden dat de vorderingen sub IV onder A en onder C, onder ii, iii en iv van dit petitum komen te vervallen.

De koten dezes zijn € 103,33



OVERZICHT PRODUCTIES

1. Internal Audit Rapport van 22 juni 2016
2. KvK-bedrijfsprofiel van Nuon Energie (KvK-nummer 09105390)
3. KVK-handelsregisterhistorie van Vattenfall Sales (KvK-nummer 09105390)
4. KVK-uittreksel van Vattenfall ETW (KvK-nummer 09096519)
5. Tijdslijn fusies Nederlandse Energiebedrijven tot 2014
6. Algemene voorwaarden van Nuon voor de levering van elektriciteit aan de vrije zakelijke markt 1 juli 2003
7. Brief van Nuon Infraservices B.V. van 19 juli 2004 in verband met verlaging gecontracteerd vermogen
8. Contract klant A met Continuon uit 2006
9. Contract klant B met Continuon van 21 maart 2012
10. Specificatie factuur Continuon van 16 november 2006 en specificatie Nuon Business energierekening van 19 november 2006
11. Specificatie bij factuur Liander van 22 juni 2009 en factuur Nuon Business van 19 mei 2009
12. Persbericht van 1 juli 2008 - Organisatie Nuon voorbereid op splitsing
13. Persbericht van 18 september 2008 - Liander nieuwe naam Continuon Netbeheer
14. Persbericht van 23 februari 2009 - Nuon en Vattenfall bundelen krachten
15. Factuur van 8 januari 2021 van Vattenfall aan klant C
16. Overeenkomst van 1 december 2006 tussen Nuon Business en klant D
17. Algemene Voorwaarden Nuon voor de levering van elektriciteit aan de zakelijke markt, versie 1 januari 2007
18. Factuur van 25 december 2018 van Nuon Sales
19. Factuur van 14 november 2010 van Nuon Sales
20. Schermafdruck medewerker Vattenfall uit 2017 met een overzicht van aantal contractaanbiedingen Vattenfall met kW-vergoeding
21. SLEA Rapport
22. E-mails uit 2018 tussen Vattenfall en klant E uit februari-maart 2018
23. Vaststellingsovereenkomst van 18 december 2020 tussen Nuon Sales en klant E
24. Contract van 22 april 2020 tussen Vattenfall Sales en klant C



25. Factuur van 10 augustus 2020 van Vattenfall Sales aan klant F
26. Brief uit 2020 van Vattenfall Sales
27. E-mail van 10 februari 2020 van Vattenfall Sales aan klant G
28. E-mail van 18 juni 2020 van oud-medewerker Nuon aan advocaat van de Stichting met verklaring over de praktijken van Vattenfall.
29. Verslag van 8 februari 2020 van bespreking op 7 oktober 2020 met oud-medewerker Vattenfall
30. Brief van 10 juli 2020 van de Stichting aan Vattenfall
31. Brief van 24 juli 2020 van Vattenfall aan de Stichting
32. Brief van 19 oktober 2020 van de Stichting aan Vattenfall
33. Brief van 3 november 2020 van Vattenfall aan de Stichting
34. Transcriptie uitzending EenVandaag
35. Reactie Vattenfall aan EenVandaag
36. Brief van 9 december 2021 van de Stichting aan Vattenfall met bijlagen
37. Brief van 23 december 2021 van Vattenfall aan de Stichting
38. Factuur van 14 maart 2011 van Nuon Sales aan klant B
39. E-mail van 30 september 2020 van oud-medewerker Vattenfall aan advocaat Stichting
40. Vaststellingsovereenkomst van 30 augustus 2017 tussen Nuon Sales en klant H
41. Vaststellingsovereenkomst van 27 april 2020 tussen Nuon Sales en klant G
42. Gedragscode Nuon van 31 oktober 2007
43. Jaarverslag Nuon 2008
44. Notitie van 8 april 2009 van wethouder WFPOC Haarlem aan gemeenteraad over fusie Nuon en Vattenfall
45. Statuten
46. Beschrijving achtergrond leden van het bestuur en van de raad van toezicht van de Stichting
47. Verantwoordingsdocument
48. Deelnemersovereenkomst
49. KvK-uittreksel van de Stichting

