

## **RECHTBANK AMSTERDAM**

Civiel recht

Zaaknummer: C/13/716600 / HA ZA 22-332

### **Vonnis van 1 februari 2023**

in de zaak van

de stichting  
**STICHTING NUON-CLAIM**,  
te Amsterdam,  
eisende partij,  
advocaat: mr. Q.L.C.M. Bongaerts te Amsterdam,

tegen

de naamloze vennootschappen  
1. **VATTENFALL N.V.**,  
2. **VATTENFALL SALES NEDERLAND N.V.**,  
3. **VATTENFALL ENERGY TRADING NETHERLANDS N.V.**,  
te Amsterdam,  
gedaagde partijen,  
advocaat: mr. B.W.G. van der Velden te Amsterdam.

Partijen worden hierna de Stichting en Vattenfall genoemd (gedaagden afzonderlijk: Vattenfall NV, Vattenfall Sales en Vattenfall ET).

### **1. De procedure**

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 30 maart 2022, met producties,
  - de conclusie van antwoord ten aanzien van toepasselijkheid WAMCA en ontvankelijkheid, met producties,
  - het tussenvonnis van 26 oktober 2022 waarin een mondelinge behandeling is bepaald,
  - het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 19 december 2022 en de daarin genoemde stukken en
  - het B16-formulier van mr. Bongaerts met opmerkingen op het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

### **2. Waar gaat de zaak over?**

2.1. Deze zaak is een zogeheten collectieve actie. Daarin wil de Stichting als belangenbehartiger opkomen voor een deel van de zakelijke klanten van Vattenfall. Die zakelijke klanten zijn volgens de Stichting gedupeerd door Vattenfall. Inhoudelijk gaat de zaak over de kW-vergoeding (vergoeding voor gecontracteerd vermogen) die Vattenfall (voorheen Nuon) na de liberalisering van de elektriciteitsmarkt in 2002 in rekening heeft gebracht bij een deel van haar zakelijke klanten. Vanwege die liberalisering

moesten energiebedrijven zoals Nuon zich splitsen in een netbeheerder en een leverancier. De netbeheerder en de leverancier moesten afzonderlijk gaan factureren aan hun klanten. N.V. Continuon Netbeheer werd de netbeheerder en N.V. Nuon samen met haar dochters werd de elektriciteitsleverancier. In deze zaak gaat het om de vraag of Vattenfall die Nuon in 2009 had overgenomen, als leverancier een vergoeding voor gecontracteerd vermogen in rekening mocht brengen. Volgens de Stichting mocht dat niet, omdat tegenover de in rekening gebrachte kW-vergoeding geen dienst of product stond. Volgens de Stichting werd de vergoeding gericht in rekening gebracht bij bepaalde groepen afnemers. Dit waren afnemers met een ‘grootverbruikersaansluiting’ op het elektriciteitsnet, met een elektriciteitsaansluiting van  $3 \times 80$  Ampère of meer. Deze groep afnemers bestaat uit middelgrote ondernemingen, kleine ondernemingen en non-profit instellingen. De Stichting is opgericht om namens gedupeerden collectief op te komen tegen de praktijk van Vattenfall. De gedupeerden zijn te verdelen in *sleepers* (klanten die nooit een contract hebben getekend, maar wel energie afnamen), *floaters* (klanten van wie het actieve contract was geëindigd, maar die nog wel energie afnamen) en retentiekanten (klanten van wie het lopende contract op korte termijn zou aflopen en die daarna een nieuw contract afsloten met Vattenfall).

2.2. In deze fase van de procedure gaat het niet om de inhoud van de zaak. Eerst moet worden beslist of het oude of het sinds 1 januari 2020 geldende recht over collectieve acties van toepassing is en of de Stichting kan worden ontvangen in haar vorderingen. De vraag of de kW-vergoeding wel of niet terecht is gefactureerd, wordt nu nog niet beoordeeld.

### 3. De feiten

3.1. De Stichting is op 12 juni 2020 opgericht. In haar statuten staat onder meer:

“(…)

#### **Doel Artikel 2**

1. De Stichting heeft ten doel het behartigen van de belangen van Gedupeerden die nadeel en/of schade lijden, schade dreigen te lijden of hebben geleden in verband met de Claim(s), waaronder begrepen het vertegenwoordigen van hun belangen in juridische procedures en in verband met een Vaststellingsovereenkomst en het verkrijgen en verdelen van financiële compensatie voor (een gedeelte van) het verlies of de schade die Gedupeerden hebben geleden, en het verrichten van alle verdere handelingen, die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn.

2. De Stichting tracht haar doel onder meer te bereiken door onder andere:

a. algemeen:

i. het bieden van de mogelijkheid dat Gedupeerden zich als Deelnemer bij de Stichting kunnen aansluiten door middel van een Deelnemersovereenkomst;

ii. het doen van onderzoek naar en het van grondslag voorzien van een of meer Claims;

iii. het selecteren, aanstellen en monitoren van een of meer advocaten, claimsadministrators, serviceproviders en/of escrow agents;

iv. het verstrekken van informatie en voorlichting aan Gedupeerden voor wie zij krachtens artikel 2.1 opkomt, alsmede alle andere activiteiten die verband houden met de belangenbehartiging, waaronder het onderhouden van mediacontacten en een algemeen toegankelijke internetpagina.

b. het voeren van juridische procedures:

i. het initiëren van (gerechtelijke) procedures, daaronder begrepen, doch niet beperkt tot (bestuursrechtelijke) handavingsverzoeken, kort geding procedures, proefprocedures, (collectieve) nakomingsvorderingen, vorderingen uit hoofde van onverschuldigde betaling, (schadevergoedings-)procedures als bedoeld in artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek en het voeren van schadestaat procedures;

ii. het verschijnen als belanghebbende partij namens zichzelf of Deelnemers in iedere juridische procedure. (...)

**Vermogen Artikel 3**

(...) 3. De Stichting beoogt niet het maken van winst. Onder winst in de zin van dit artikellid wordt niet verstaan de door een belangenorganisatie ontvangen of bedongen marktconforme vergoeding voor gemaakte kosten of geleverde diensten, met inbegrip van een eventuele redelijke opslag ten behoeve van (toekomstige) collectieve belangenbehartiging en van kosten voor gebruik van eigen of vreemd vermogen.

(...)"

3.2. In het Verantwoordingsdocument van de Stichting staat, voor zover van belang:

"(...)

**PRINCIPE II – Behartiging van collectieve belangen zonder winstoogmerk**

(...)

De Stichting vraagt de Gedupeerden niet om een vergoeding (zoals registratie- of inschrijfgeld), zodat er geen risico is op ongepast gebruik van deze middelen als bedoeld in dit Principe II. De Stichting brengt alleen een vergoeding in rekening bij Gedupeerden wanneer de zaak wél slaagt, maar de totale kosten niet verhaald kunnen worden op de aangesproken partij. In dat geval bedraagt die vergoeding in beginsel 8-25% (afhankelijk van de aard en de stand van de procedure) van de totale ontvangen schadevergoeding na aftrek van kosten. Indien de Stichting uitsluitend de belangen van aangemelde Gedupeerden ('Deelnemers') behartigt, bedraagt dat percentage 25%.

(...)

**PRINCIPE III – Externe Financiering**

(...)

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: terugbetaling van de gemaakte kosten en maximaal 12% van de totale verhaalde som met een minimum van 3 maal gemaakte kosten als de Stichting de belangen van alle Gedupeerden behartigt. Indien de Stichting uitsluitend de belangen van aangemelde Deelnemers behartigt bedraagt dat percentage 25%. (...)"

3.3. In de Deelnemersovereenkomst die de Stichting heeft opgesteld staat onder meer:  
“(…)

**1. Exclusieve last ter incasso**

1.1. De Deelnemer verstrekt aan de Stichting door het sluiten van deze overeenkomst onherroepelijk een last ter incasso om op naam van de Stichting het Vorderingsrecht te incasseren, met uitsluiting van het recht daartoe van de Deelnemer zelf, door het voeren van (gerechtelijke) procedures, het sluiten van schikkingsovereenkomsten (waaronder het verlenen van finale kwijting) of anderszins.

(…)

1.4. De Deelnemer kan de last niet opzeggen. (...)

**2. Vergoeding: beloning bij succes**

2.1. De Deelnemer is in verband met de deelname geen kosten verschuldigd.

2.2. De hoogte van de schadebetaling waarop de Deelnemer recht heeft wordt als volgt bepaald. De Deelnemer heeft recht op 75% van de (pro rata parte) toegekende en uitgekeerde schadevergoeding waartoe NUON-Vattenfall wordt veroordeeld of die zij krachtens een gesloten schikkingsovereenkomst verplicht is te betalen en 25% staat de Deelnemer af aan de Stichting. Voor zover de (werkelijke) gemaakte kosten hoger zijn dan de toegewezen of toegekende kostenvergoeding, worden deze niet-vergoede kosten eerst op de totale schadevergoeding in mindering gebracht. (...)

3.4. Op de website van de Stichting staat onder meer:

“(…) Als de collectieve procedure succesvol is, krijgt de procesfinancier de kosten vergoed, verhoogd met een percentage van de toegekende schadevergoeding, vanwege het door BenchWalk gedragen procesrisico. De hoogte van dat percentage is afhankelijk van de aard en de stand van de procedure. De vergoeding aan de procesfinancier bestaat uit: terugbetaling van de gemaakte kosten en tussen 8-12% van de totale bij de wederpartij verhaalde som, met een minimum van 3 maal gemaakte kosten. Dit geldt als de Stichting door de rechter wordt aangewezen als belangenbehartiger van alle Gedupeerden, dus ook van diegenen die zich niet bij de Stichting hebben aangemeld. Als de Stichting volgens de rechter uitsluitend de belangen van aangemelde Deelnemers kan behartigen, bedraagt dat percentage 25% van de totale verhaalde som (...).”

3.5. Met de invoering van de Elektriciteitswet 1998 heeft de wetgever uitvoering gegeven aan nationale en Europese plannen voor hervorming van de elektriciteitsmarkt van een gemonopoliseerde naar een vrijere markt. Dit gebeurde door stapsgewijze invoering van leverancierskeuze van elektriciteit. Vanaf 1 januari 2002 kregen grootverbruikers de mogelijkheid om zelf hun elektriciteitsleverancier te kiezen. Daarnaast werden elektriciteitsbedrijven gesplitst in een leveringsbedrijf en een netbeheerder.

3.6. Vanaf 1 januari 2002 vond de levering van elektriciteit door Vattenfall (destijds NUON) plaats via de leverancier, eerst N.V. NUON Energy Trade & Wholesale en daarna achtereenvolgens via haar rechtsopvolgsters N.V. Nuon Business, N.V. Nuon Sales en Vattenfall Sales.

3.7. Binnen de Vattenfall groep is Vattenfall Sales leverancier van elektriciteit. De voornaamste taak van Vattenfall ET is de handel in elektriciteit (en gas). Vattenfall N.V. is de topholding van de Nederlandse tak van de Vattenfall groep, waaronder van Vattenfall Sales en Vattenfall ET.

3.8. De Stichting heeft Vattenfall bij brieven van 10 juli 2020, 19 oktober 2020 en 9 december 2020 geschreven dat Vattenfall sinds 2001 bij een deel van haar zakelijke klanten een kostenpost in rekening heeft gebracht voor gecontracteerd vermogen, dat Vattenfall daartoe niet gerechtigd was en dat Vattenfall aansprakelijk is voor de schade. De Stichting heeft Vattenfall uitgenodigd om in overleg te treden. Vattenfall heeft op de brieven gereageerd en laten weten dat zij iedere aansprakelijkheid van de hand wijst en niet wil overleggen met de Stichting.

#### **4. De vordering van de Stichting**

4.1. De Stichting vordert - samengevat - 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 zijn betaald 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;
- 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 is verzuim is gekomen;
  - B. Vattenfall te gebieden het in rekening brengen van de kW-vergoeding aan de Gedupeerden te staken, op straffe van een aan de Stichting te betalen dwangsom van € 25.000 per keer dat Vattenfall in strijd met het gebod handelt met een maximum van € 1.000.000, en de Gedupeerden over de inhoud van het vonnis te informeren;
  - C. Vattenfall hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de Stichting van:
    - i. de volledige door de Stichting gemaakt buitengerechtigde incassokosten, te vermeerderen met wettelijke rente, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

- ii. de volledige proceskosten van de Stichting, daaronder begrepen de kosten die zij uit hoofde van de procesfinancieringsovereenkomst dient te vergoeden aan haar procesfinancier, te vermeerderen met wettelijke rente, 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 de kosten ex artikel 1018f lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW);
- iv. de volledige kosten van de Stichting in verband met de schadeafwikkeling vanaf het in deze procedure te wijzen eindvonnis, te vermeerderen met wettelijke rente, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- v. de kosten die de Stichting zal maken ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid, te vermeerderen met wettelijke rente, 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 aan het nieuwe collectieve actierecht, dan heeft te gelden dat de vorderingen sub IV onder A en C onder ii, iii en iv komen te vervallen.

4.2. De Stichting stelt welk recht toepasselijk is op haar vordering en verwijt Vattenfall primair dat zij onrechtmatig heeft gehandeld door de kW-vergoeding in rekening te brengen bij een deel van haar zakelijke klanten zonder dat daartegenover een dienst of product stond. Vattenfall heeft deze klanten misleid en zij heeft een zorgvuldigheidsverplichting geschonden. Subsidiair is sprake van onverschuldigde betaling (van de kW-vergoeding) door de gedupeerden aan Vattenfall en ontvangst te kwader trouw van die vergoeding door Vattenfall. Meer subsidiair doet de Stichting een beroep op wanprestatie.

*De Stichting komt op voor 'de afnemers van elektriciteit van Vattenfall vanaf 1 januari 2002 met een elektriciteitsaansluiting van 3 × 80 Ampère of meer die vanaf 1 maart 2002 een kW-vergoeding in rekening gebracht kregen en hebben voldaan en die per 30 maart 2022 niet in het kader van een schikking aan Vattenfall kwijting hebben verleend.'*

4.3. Vattenfall heeft in deze fase van de procedure van antwoord gediend over de toepasselijkheid van het oude of huidige recht over collectieve acties en de ontvankelijkheid van de Stichting in haar vorderingen.

## **5. Het geschil in deze fase van de procedure**

5.1. Vattenfall verzoekt te bepalen dat op de door de Stichting ingestelde vorderingen het oude collectieve-actierecht van toepassing is en de Stichting niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen dan wel deze af te wijzen, met veroordeling van de Stichting in de proceskosten te vermeerderen met wettelijke rente.

5.2. De Stichting stelt dat primair dat de WAMCA op haar gehele vordering van toepassing is en subsidiair deels de WCAM (zie hierna onder 6.1).

5.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, ingegaan.

## **6. De beoordeling**

### **Welk recht is van toepassing?**

6.1. Met ingang van 1 januari 2020 is de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie<sup>1</sup> (hierna: de WAMCA) in werking getreden, die heeft geleid tot het huidige artikel 3:305a BW. De bepalingen van de WAMCA zijn van toepassing op collectieve acties die (i) worden ingesteld na inwerkingtreding van de WAMCA en (ii) ten aanzien van gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden op of na 15 november 2016 (artikel 6:119a lid 2 Overgangswet nieuw BW). De wettelijke regeling voor collectieve acties inzake massaschade was tot 1 januari 2020 artikel 3:305a BW (oud), hierna aan te duiden met Wet collectieve afwikkeling massaschade<sup>2</sup> (WCAM).

6.2. De dagvaarding van de Stichting dateert van 30 maart 2022 (dus van na de inwerkingtreding van de WAMCA). Partijen verschillen erover van mening of de vorderingen van de Stichting betrekking hebben op gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór dan wel (op of) na 15 november 2016. Afhankelijk van het antwoord op die vraag is de WCAM of de WAMCA van toepassing op de vorderingen van de Stichting.

De rechtbank zal hierna tot het oordeel komen dat de vorderingen deels vallen onder het toepassingsgebied van de WCAM en deels vallen onder het toepassingsgebied van de WAMCA, afhankelijk van de periode waarin de afnemers de kW-vergoeding in rekening gebracht kregen en betaalden. Daartoe is het volgende van belang.

6.3. Artikel 119a lid 2 Overgangswet nieuw BW en het overgangsrecht van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) zijn het resultaat van het amendement van het lid Van Gent c.s.<sup>3</sup> De toelichting bij het amendement Van Gent c.s. luidt:

*“Dit amendement verbetert het overgangsrecht.*

*Het oorspronkelijke wetsvoorstel, zoals de regering dat op 15 november 2016 naar de Kamer heeft gestuurd, bevatte geen overgangsrecht (...). Hierop is veel kritiek gekomen. De regering*

<sup>1</sup> Wet van 20 maart 2019, Stb. 130, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken.

<sup>2</sup> Wet van 6 april 1994 tot regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen (stbl 1994, 269), waarbij artikel 3:305a BW is ingevoerd, in combinatie met de Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Kamerstukken II 2005-2006, 29 414, stb 2005, 340) in werking getreden op 16 juli 2005, laatstelijk gewijzigd op 13 juli 2016.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II*, 2018-2019, 34 608, nr. 13.



*heeft er daarom voor gekozen op 11 januari 2018 per nota van wijziging een beperkte vorm van overgangsrecht in te voegen (...). De indieners vinden deze wijziging een stap in de goede richting, maar zijn van mening dat het overgangsrecht verder kan worden verbeterd.*

*Op grond van het huidige wetsvoorstel (...) kunnen tot in lengte van dagen vorderingen worden ingediend met gebruikmaking van het nieuwe recht naar aanleiding van gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, voor zover geen sprake is van verjaring. Dat levert een onterechte verruiming op van de bevoegdheden voor eisende partijen, terwijl de verwerende partij onmogelijk met gebruikmaking van dit instrument door de eiser rekening had kunnen houden. Deze vorm van overgangsrecht staat op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel. Bedrijven, organisaties of andere partijen hebben immers geen mogelijkheid gehad om zich voor te bereiden op de komst van de nieuwe wet als deze ook van toepassing is op oude gebeurtenissen. Bovendien ontstaat de theoretische mogelijkheid (...) dat verschillende rechtstvorderingen op grond van verschillende regimes door elkaar gaan lopen als er reeds een procedure op grond van het oude recht aanhangig is. Zolang onduidelijk is welk recht op welke situatie van toepassing is, zal dit extra juridische procedures in de hand werken. Om deze redenen roept het overgangsrecht, zoals voorgesteld door de regering, meer problemen op dan dat het duidelijkheid creëert.*

*Daarom regelt dit amendement dat een rechtstvordering op grond van het nieuwe recht slechts mogelijk is als de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden op of na 15 november 2016. Dat is de datum dat het wetsvoorstel naar de Kamer is gestuurd en de partijen dus in theorie kunnen weten dat de nieuwe wet eraan komt. Als iemand een massaschadeprocedure wil beginnen wegens een gebeurtenis die vóór 15 november 2016 heeft plaatsgevonden, kan dat op basis van de wet zoals die toen gold. Bij een procedure wegens een gebeurtenis die op of ná die datum heeft plaatsgevonden geldt de wet zoals die na inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel zal komen te gelden. In het theoretische geval dat sprake is van een reeks van gebeurtenissen die zowel vóór 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.”*

6.4. Volgens de Stichting is de WAMCA van toepassing. Daartoe betoogt zij als volgt. Het (doorlopend) factureren en innen van de kW-vergoeding door Vattenfall is tot ver na 15 november 2016 doorgegaan en gebeurt ook nu nog steeds. Daarmee is sprake van een ‘reeks van gebeurtenissen’. Bij de onrechtmatige daad bestaande uit (i) misleiding en (ii) het in strijd handelen met een zorgplicht is dat primair iedere keer dat de kW-vergoeding wordt gefactureerd en subsidiair dat de klant niet geïnformeerd een beslissing neemt over de overeenkomst. De aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis in het geval van acquisitiefraude is te vinden in het opsturen van de rekening waarmee de kW-vergoeding in rekening is gebracht. Bij onverschuldigde betaling is dit ieder moment waarop de gedupeerde de kW-vergoeding onverschuldigd betaalt en Vattenfall deze te kwader trouw aanneemt.

6.5. Vattenfall meent dat de WCAM van toepassing is. Daartoe betoogt zij als volgt. Tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het intreden van de vermeende schade moet een onderscheid worden gemaakt. De schadeveroorzakende gebeurtenis is het moment van het aangaan van de oorspronkelijke overeenkomst. Het in rekening brengen van de kW-vergoeding is daarvan het



uitvloeisel, zodat daarbij niet kan worden aangeknoopt voor het bepalen van de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Na 15 november 2016 is bij het leeuwendeel van de klanten geen kW-vergoeding meer in rekening gebracht en na die datum zijn met nieuwe klanten in elk geval geen overeenkomsten met een kW-vergoeding gesloten. Na 15 november 2016 is dus geen kW-vergoeding overeengekomen met klanten die dit niet al hadden. Aangezien alleen het aangaan van de oorspronkelijke overeenkomst als schadeveroorzakende gebeurtenis is aan te merken, waarbij contractverlengingen niet van belang zijn, vallen alle vorderingen onder het oude recht. Van een 'reeks gebeurtenissen' is geen sprake. Het overeenkomen van de kW-vergoeding en de gestelde misleiding kan worden vastgesteld op één specifiek moment. Voor zover het in rekening brengen van de kW-vergoeding zou kunnen worden gezien als een relevant aanknopingspunt, kan enkel voor betalingen die zijn gedaan na 15 november 2016 onder de WAMCA worden geprocedeerd, aldus nog steeds Vattenfall.

6.6. De overkoepelende vraag die de Stichting in deze procedure aan de orde stelt is of Vattenfall aan een deel van haar zakelijke klanten de kW-vergoeding in rekening mocht brengen. De primaire grondslag van de vordering is dat dat niet mocht en dat daarmee onrechtmatig is gehandeld. Als in een volgende fase van deze procedure blijkt dat dit in rekening brengen van de kW-vergoeding onrechtmatig is, dan geldt het volgende.

De kW-vergoeding is zowel voor als na 15 november 2016 gefactureerd en geïnd. De oorsprong van de schadeveroorzakende gebeurtenis ligt in het besluit of beleid dat Vattenfall heeft genomen/vastgesteld om aan de gedupeerden een kW-vergoeding in rekening te brengen. Zonder het opnemen in een overeenkomst en daadwerkelijk in rekening brengen en blijven brengen en vervolgens ook innen van die vergoeding zou er geen schade zijn. Daarom kan niet worden aangeknoopt bij enkel het moment waarop de overeenkomst is aangegaan. Vattenfall heeft met haar besluit/beleid een onrechtmatige toestand in het leven geroepen. Haar wordt verweten het handhaven van die onrechtmatige toestand of het nalaten deze op te heffen, daardoor is sprake van één (uniforme) voortdurende onrechtmatige daad. Dat ieder van de losstaande facturen kwalificeren als het onrechtmatig in rekening brengen van de kW-vergoeding, maakt niet dat sprake is van (gelijksoortige) repetitieve gedragingen, waarbij de wil van de uitvoerder in beginsel slechts is gericht op de eerstvolgende gedraging, maar van een situatie waarbij de wil van Vattenfall beleidsmatig, van meet af aan gericht was op het structureel/stelselmatig plegen van meerdere verweten gedragingen. Dit betrof een beleid om door middel van stelselmatige (onrechtmatige) gedragingen een hoger bedrag te innen dan waarop zij recht had. Het gestelde handelen heeft voor een aantal klanten doorlopend plaatsgevonden, waarbij dat geheel als schadeveroorzakende gebeurtenis moet worden aangemerkt. De toepasselijkheid van de WAMCA is dan ook gegeven, voor zover het gaat om klanten die (ook) ná 15 november 2016 de kW-vergoeding gefactureerd hebben gekregen en hebben betaald. Dat zij (mogelijk) ook al voor 15 november 2016 de kW-vergoeding gefactureerd hebben gekregen en hebben betaald, doet daaraan gelet op het voortdurende karakter van het gestelde handelen niet af. De vorderingen die betrekking hebben op deze groep afnemers van elektriciteit vallen geheel onder de toepassing van de WAMCA. Niet is uitgesloten dat de door de Stichting gestelde werkwijze van Vattenfall leidt tot een vordering op grond van onverschuldigde betaling of wanprestatie (de (meer) subsidiaire grondslagen van de vordering). Die vragen liggen voor in de volgende - inhoudelijke - fase van de procedure. Voor die subsidiaire grondslagen geldt hetzelfde als hiervoor overwogen ten aanzien van wat als schadeveroorzakende gebeurtenis moet worden aangemerkt.

6.7. Het is, gelet op de in zoverre door de Stichting niet weersproken stellingname van Vattenfall, zeer waarschijnlijk dat een deel van de (rechts)personen voor wie de Stichting in deze procedure opkomt de kW-vergoeding uitsluitend vóór 15 november 2016 gefactureerd heeft gekregen en heeft betaald. Bij die groep hebben de gestelde schadeveroorzakende gebeurtenissen waarop de vorderingen zien niet meer plaatsgevonden na 15 november 2016. De WAMCA kan daarom niet van toepassing zijn voor zover het geschil betrekking heeft op deze groep. De vorderingen ten aanzien van deze groep afnemers van elektriciteit moeten worden beoordeeld aan de hand van de WCAM (artikel 3:305a BW (oud)).

#### **WAMCA en WCAM**

6.8. Zowel onder de WCAM als de WAMCA moet worden beoordeeld of een belangenorganisatie ontvankelijk is in haar vorderingen. De ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties voor het instellen van een collectieve vordering zijn met de inwerkingtreding van de WAMCA ten opzichte van het vóór 2020 geldende recht aangescherpt op het punt van een goede governance, financiering en representativiteit. De inhoudelijke behandeling van de collectieve vordering vindt onder de WAMCA op grond van artikel 1018c lid 5 Rv slechts plaats indien en nadat de rechter (onder meer) heeft beslist dat de eiser voldoet aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a lid 1 tot en met 3 BW. Artikel 3:305a BW bepaalt dat de belangen van degenen waarvoor de belangenorganisatie opkomt voldoende dienen te zijn gewaarborgd (lid 1, uitgewerkt in lid 2), de rechtsvordering een voldoende nauwe band heeft met de Nederlandse rechtssfeer (lid 3 sub b) en de belangenorganisatie in de gegeven omstandigheden voldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de verweerder te bereiken (lid 3 sub c).

Op grond van artikel 1018c lid 5 Rv moet de eiser verder voldoende aannemelijk maken dat het voeren van een collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering en moet worden getoetst of de collectieve vordering niet summierlijk ondeugdelijk is.

6.9. Zowel onder de WCAM als de WAMCA moet (dus) worden getoetst aan het statutenvereiste, het gelijksoortigheidsvereiste, het overlegvereiste, het waarborgvereiste (waarbij de eisen zijn aangescherpt onder het nieuwe recht) en moet worden beoordeeld of met een collectieve actie een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd.

6.10. Onder de WCAM is geen (zelfstandig) vereiste dat de belangenorganisatie voldoende representatief is ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de actie is ingesteld. De belangen waarvoor de Stichting opkomt, moeten zich echter wel lenen voor bundeling zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt bevorderd. Dat is niet het geval als een collectieve actie geen voordeel biedt boven het procederen op naam van een belanghebbende. Daarvan kan sprake zijn als de groep belanghebbenden zeer klein is.

6.11. **Fout! De documentvariabele ontbreekt.** betoogt dat de **Fout! De documentvariabele ontbreekt.** niet voldoet aan verschillende voorwaarden van artikel 3:305a BW (oud en zoals dat nu geldt) en artikel 1018c lid 5 Rv. De rechtbank stelt vast dat onder de WCAM niet méér of strengere

eisen worden gesteld voor wat betreft de ontvankelijkheid dan onder de WAMCA. Daarom worden hierna de ontvankelijkheidseisen in eerste instantie eenvoudigheidshalve onder het huidige recht (WAMCA) beoordeeld. Alleen waar dat nodig is, zal worden gedifferentieerd tussen de voorheen geldende en de huidige eisen.

### **Ontvankelijkheid**

#### *Waarborgvereiste en representativiteitsvereiste*

6.12. In artikel 3:305a lid 2 BW is bepaald dat de belangen van de personen tot bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, voldoende zijn gewaarborgd, wanneer de belangenorganisatie voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen en voldoet aan de nadere vereisten als opgenomen onder a tot en met e. Niet is in geschil dat de Stichting beschikt over een toezichthoudend orgaan (lid 2 sub a) en over passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname of vertegenwoordiging van de achterban bij de besluitvorming (lid 2 sub b). De Stichting heeft een algemeen toegankelijke internetpagina waarop de statuten en bestuursstructuur van de Stichting, het laatst vastgestelde bestuursverslag, de bezoldiging van bestuurders en de leden van het toezichthoudend orgaan, de doelstelling en werkwijzen van de Stichting en een overzicht van de stand van zaken in lopende procedures te vinden zijn (lid 2 sub d onder 1, 2, 4, 5, 6 en 7). Verder staat tussen partijen vast dat de Stichting over voldoende ervaring en deskundigheid beschikt ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering (lid 2 sub e).

#### Representativiteit en efficiënte en effectieve rechtsbescherming

6.13. De eis van representativiteit voorkomt dat een stichting of vereniging een rechtsvordering kan instellen zonder de ondersteuning van een achterban. Niet iedere willekeurige organisatie kan zich opwerpen als verdediger van de belangen van gedupeerden. Op voorhand moet duidelijk zijn dat zij opkomt voor een voldoende groot deel van de groep getroffen gedupeerden. Wat genoeg is, verschilt per geval en kan alleen worden bepaald in relatie tot het totale aantal gedupeerden. Dit kan bijvoorbeeld worden getoetst op basis van de aangesloten leden of door middel van het aantal gedupeerden dat zich actief voor de vordering heeft aangemeld.<sup>4</sup>

6.14. De Stichting schat dat zij ten minste 5.000 gedupeerden tot haar achterban mag rekenen. Op het moment van dagvaarden hebben 427 gedupeerden zich bij de Stichting aangesloten. De Stichting heeft niet toegelicht hoeveel afnemers van elektriciteit (ook) na 15 november 2016 de kW-vergoeding gefactureerd hebben gekregen en hebben betaald én hoeveel deelnemers uit die groep zich bij de Stichting hebben aangemeld. Daarom kan nu nog niet worden vastgesteld of de Stichting ten aanzien van die groep (die valt onder de WAMCA) voldoende representatief is. De Stichting zal dit bij akte moeten onderbouwen, waarna Vattenfall een termijn krijgt om daarop te reageren.

---

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2016/2017, 34 608, nr. 3, p. 19.*

6.15. Zoals in r.o 6.10 is overwogen, is het representativiteitsvereiste geen zelfstandig vereiste onder de WCAM. De belangen waarvoor de Stichting opkomt, moeten zich echter wel lenen voor bundeling zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt bevorderd. De Stichting moet bij akte onderbouwen hoeveel afnemers van elektriciteit uitsluitend vóór 15 november 2016 de kW-vergoeding gefactureerd hebben gekregen en hebben betaald en hoeveel deelnemers uit die groep zich bij de Stichting hebben aangemeld.

6.16. Met betrekking tot de toets of het voeren van de collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering is van belang dat de te beantwoorden vragen voldoende gemeenschappelijk zijn. Daaraan is in dit geval voldaan. Of het aantal personen tot bescherming wier belangen de vordering strekt voldoende is om behandeling in een collectieve actie te rechtvaardigen, is afhankelijk van de nader door de Stichting aan te leveren gegevens en argumenten.

6.17. De Stichting hoeft in dit stadium van de procedure niet te onderbouwen, anders dan Vattenfall meent, dat zij voor ieder van de door haar onderscheiden groepen - *floaters*, *sleepers* en retentieklienten - op een voldoende grote achterban kan rekenen. Voor de vraag of aan de vereisten van representativiteit en efficiënte en effectieve rechtsbescherming is voldaan, is in dit geval de achterban als geheel van belang. Het onderscheid tussen *floaters*, *sleepers* en retentieklienten is voor dit oordeel op dit moment dus niet relevant.

#### Financiering en zeggenschap

6.18. Onderdeel c van het tweede lid van artikel 3:305a BW stelt eisen aan de financiën en de zeggenschap van de belangenorganisatie. De belangenorganisatie moet over voldoende middelen beschikken om de procedure te kunnen voeren en de zeggenschap over de vordering moet in voldoende mate bij de belangenorganisatie liggen. Indien een bijdrage wordt gevraagd van de personen tot bescherming wier belangen de rechtsovereenkomst strekt, moet inzicht in de berekening worden gegeven (artikel 3:305 lid 2 sub d onder 8 BW). De bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon, en hun opvolgers, mogen geen via de rechtspersoon te behalen winst oogmerk hebben (artikel 3:305a lid 3 BW).

6.19. De Stichting heeft een financieringsovereenkomst gesloten met Bench Walk Guernsey PCC LTD (hierna: de financier). Vattenfall bestrijdt niet dat de Stichting op basis van de met de financier gemaakte afspraken de procedure kan bekostigen. Daarvan wordt dan ook uitgegaan.

6.20. Vattenfall stelt dat, nu de Stichting de overeenkomst met de financier niet heeft verstrekt, niet is na te gaan in hoeverre die overeenkomst de financier de ruimte biedt de procedure te beïnvloeden. Daarnaast volgt volgens Vattenfall uit het Verantwoordingsdocument (3.2) en uit de Deelnemersovereenkomst (3.3) dat de financier ondoorzichtige kosten kan afwentelen op de Stichting. Op voorhand is niet duidelijk op welk percentage van de totale verhaalde som de financier recht heeft.

Dat zijn haar kosten plus maximaal 12% van de verhaalde som, maar kennelijk zijn dat ook haar kosten plus driemaal de gemaakte kosten. Ook bestaat de optie dat een percentage van 25% in rekening wordt gebracht.

Tot slot sluiten de percentages in de Deelnemersovereenkomst volgens Vattenfall niet aan bij de afdrachtpercentages in het Verantwoordingsdocument. Onduidelijk is aan wie het verschil toekomt met de ‘maximale 12%’ die de financier in rekening brengt en de 25% die de Stichting inhoudt. Hieruit lijkt te volgen dat bij de Stichting geld blijft hangen. Tot slot weten de aangeslotenen niet waar zij aan toe zijn. Als de kosten oplopen, kan de afdracht groter zijn dan 25%. Dat is volgens Vattenfall buitensporig en onaanvaardbaar intransparant.

6.21. De Stichting stelt dat zij onafhankelijk van de financier opereert. In de financieringsovereenkomst is dat uitdrukkelijk bepaald. Daarin staat hierover: *‘The Funder acknowledges and agrees that the Class Representative shall maintain sole conduct of the litigation, including any settlement discussions, subject only to the Class Representative’s obligations to follow the advice of the Lawyer’*. De betalingsafspraken zijn helder en daartoe is de tekst op de website van de Stichting aangepast (3.4). De vergoeding is redelijk. De voet voor de berekening van de *fees* is gebaseerd op de werkelijke uitgaven. Daardoor kan het rendement voor de financier feitelijk lager uitvallen. Voor zover het gereserveerde budget niet volledig is besteed, krijgt de financier bij een minimale vergoeding geen *multiple* op het gereserveerde maar niet bestede geld. Uit de rechtspraak volgt dat een vergoeding van 20-25% niet buitensporig hoog is. De Stichting heeft een budget afgesproken. De Stichting weet dus al wat haar kosten zijn. Het percentage van 12% is de limiet. Er is een *hard cap* afgesproken.

6.22. De Memorie van Toelichting op de WAMCA vermeldt het volgende:

*“Onderdeel c stelt eisen aan de financiële middelen waarover een belangenorganisatie moet beschikken. Dit geeft de rechter de mogelijkheid om te toetsen of een rechtspersoon die een collectieve vordering instelt, beschikt over voldoende middelen om de procedure te kunnen voeren. De rechter kan daarvoor waar nodig inzage vragen in de boeken van de organisatie, zo nodig in te zien door een door hem aan te wijzen derde, zonder dat daarmee de verplichting ontstaat om deze gegevens ook aan de wederpartij te verschaffen. In het geval gekozen wordt voor een constructie met Third Party Litigation Funding kan de rechter op basis van deze eis in combinatie met het algemene vereiste van de voldoende gewaarborgde belangen, onder meer de financieringsovereenkomst opvragen om te bekijken hoe daarin de invloed van de financier op de procedure is geregeld en of die regeling niet in de weg staat aan een zorgvuldige behartiging van de belangen van de benadeelden. De toetsing van dit onderdeel kan vanzelfsprekend slechts marginaal zijn. Voldoende is dat een rechtspersoon kan aangeven dat hij, op het moment van toetsing, over voldoende middelen beschikt of kan beschikken om de procedure te kunnen voeren. Niet nodig is overigens dat ook de wederpartij inzage in de financieringsovereenkomst krijgt (HR 20 december 2002, NJ 2004, 4, Lightning Casino/Antillen).”<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2016–2017, 34 608, nr. 3, p. 20.

6.23. Het is van belang dat de Stichting inzage geeft in de financieringsovereenkomst. In het geval dat de Stichting enkel optreedt voor de *deelnemers* (die zich hebben aangesloten door middel van de Deelnemersovereenkomst), wordt 25% van de totale bij de wederpartij verhaalde som betaald aan de financier. Als de Stichting de *gedupeerden* bijstaat, bestaat de vergoeding aan de procesfinancier uit terugbetaling van de gemaakte kosten en tussen 8%-12% van de totale bij de wederpartij verhaalde som, met een minimum van 3 maal de gemaakte kosten, zo staat op de website van de Stichting. Wanneer de Stichting dus een grotere groep, de *gedupeerden*, bijstaat, is het percentage van de totale bij de wederpartij verhaalde som dat aan de procesfinancier wordt afgedragen lager. In het geval dat de Stichting de *gedupeerden* bijstaat, is echter niet duidelijk of zij ook dan 25% inhoudt, zoals met de *deelnemers* is overeengekomen, en zo ja, of vervolgens een bedrag overblijft dat bij de Stichting achterblijft (uitgaande van terugbetaling van de gemaakte kosten met een minimum van drie maal de gemaakte kosten en tussen 8-12% van de totaal verhaalde som). De Stichting dient toe te lichten wat met het verschil gebeurt als 12% wordt vergoed aan de financier en 25% wordt ingehouden van de vergoeding aan de *gedupeerden*. Daarbij dient zij ook te duiden wat het winstbegrip uit artikel 3 lid 3 van de Statuten inhoudt, met name het gedeelte '*met inbegrip van een eventuele redelijke opslag ten behoeve van (toekomstige) collectieve belangenbehartiging en van kosten voor gebruik van eigen vermogen of vreemd vermogen*'. Op de vraag wat de financier maximaal krijgt als driemaal de kosten hoger ligt dan 8%-12% van de verhaalde som, heeft de Stichting tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat dat een hypothetische vraag is, omdat een maximaal budget aan kosten is afgesproken (*hard cap*). Dat is niet nader toegelicht en kan aan de hand van de nu beschikbare stukken niet worden nagegaan. De Stichting zal bij nadere akte, onder verwijzing naar de financieringsovereenkomst, inzichtelijk moeten maken dat een maximaal budget is afgesproken.

De financieringsovereenkomst moet enkel aan de rechtbank worden verstrekt en niet aan Vattenfall.

#### Jaarlijkse verantwoording Raad van Toezicht

6.24. De Stichting heeft toegelicht dat de verantwoording van de Raad van Toezicht in oktober 2022 op de website is geplaatst. Eerder kon daarin geen inzage worden gegeven. De verantwoording is opgesteld aan de hand van de eerste jaarrekening van de Stichting over het verlengde boekjaar 2020-2021 die halverwege in het jaar 2022 is afgerond. Vattenfall heeft daarop niet langer haar stelling gehandhaafd dat de jaarlijkse verantwoording over het uitgevoerde toezicht door de Raad van Toezicht ontbreekt. Aldus is voldaan aan het vereiste van artikel 3:305a lid 2 sub d onder 3 BW.

#### Beëindigen van de aansluiting

6.25. Op de internetpagina van de belangenorganisatie moet een overzicht beschikbaar zijn van de wijze waarop personen zich kunnen aansluiten en de wijze waarop zij deze aansluiting kunnen beëindigen (artikel 3:305a lid 2 sub d onder 9 BW). In de Deelnemersovereenkomst staat in artikel 1.4 dat de deelnemer een aan de Stichting verstrekte last ter incasso om op naam van de Stichting het vorderingsrecht te incasseren, niet kan opzeggen.



6.26. Artikel 1018f lid 1 regelt de mogelijkheid voor personen wier belangen in de collectieve procedure worden behartigd om zich daarvan te bevrijden ('*opt-outen*'). De achtergrond van artikel 1.4 van de Deelnemersovereenkomst is volgens de Stichting dat zij de *commitment* van de begingroep nodig heeft. De Stichting en de financier gaan diverse verplichtingen aan en de deelnemer hoeft niets voor te schieten. Daartegenover staat dat de deelnemer aan de afspraak om deel te nemen kan worden gehouden.

6.27. Volgens Vattenfall is de omstandigheid dat aangesloten deelnemers geen gebruik kunnen maken van de *opt out* in strijd met het vereiste dat deelnemers moeten worden geïnformeerd over de wijze waarop de aansluiting bij de Stichting kan worden beëindigd.

6.28. In de Deelnemersovereenkomst staat duidelijk dat de last niet kan worden opgezegd. Dat daarmee op een manier die onaanvaardbaar is afbreuk wordt gedaan aan de belangen van de achterban, is niet gebleken. De bepaling uit de Deelnemersovereenkomst over het niet kunnen opzeggen van de last, komt niet in strijd is met het waarborgvereiste. Uit de wet volgt ook niet dat de mogelijkheid van beëindiging van de last moet worden geboden.

#### Publicatie jaarrekening

6.29. De Stichting heeft haar bestuursverslag op haar website geplaatst (artikel 3:305a lid 2 sub d onder 4 BW). De jaarrekening hoeft, anders dan Vattenfall betoogt, niet te worden gepubliceerd op de website (zie artikel 3:305a lid 5 BW). De Stichting heeft onweersproken gesteld dat de jaarrekening over het verlengde boekjaar 2020-2021 is vastgesteld.

#### Gelijksoortigheid

6.30. Aan de eis van gelijksoortige belangen (artikel 3:305a lid 1 BW) van andere personen is voldaan in het geval dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvorderingen strekken zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. Dan kan in één procedure worden geoordeeld over de door de rechtsvordering aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden betrokken moeten worden. Voldoende gelijksoortigheid van belangen hoeft niet mee te brengen dat de posities, achtergronden en belangen van degenen ten behoeve van wie een collectieve actie wordt ingesteld identiek of zelfs overwegend gelijk zijn. In een collectieve actie past een zekere abstracte toetsing. Bij collectieve acties gaat het in de regel om vorderingen die ertoe strekken een oordeel te verkrijgen over de (on)toelaatbaarheid van een bepaalde handelwijze van een gedaagde. De vervolgvraag naar de gevolgen van een eventueel ontoelaatbaar handelen voor individuele gedupeerden moet in veel gevallen afzonderlijk of in nader gedefinieerde groepen worden beantwoord.

6.31. De door de Stichting ingestelde vorderingen strekken tot bescherming van voldoende gelijksoortige belangen. Met de collectieve actie legt de Stichting de rechtmatigheid van het in rekening brengen van de kW-vergoeding voor en de vraag of die vergoeding moet worden terugbetaald. Dat



geschilpunt kan worden beoordeeld zonder de bijzondere omstandigheden van de individueel betrokkenen daarbij te betrekken. Het is in dat kader niet nodig, anders dan Vattenfall betoogt, om per klant na te gaan of deze is misleid dan wel of jegens de specifieke klant een zorgplicht is geschonden. Ook hoeft niet te worden onderzocht op basis van welke informatie de klant een beslissing heeft genomen over de overeenkomst, welke tariefsamenstelling en tariefcomponenten zijn gehanteerd, of een deel van de vorderingen is verjaard en of ten aanzien van sommige afnemers een geslaagd beroep op rechtsverwerking kan worden gedaan. Al die omstandigheden raken niet aan de eerst te beantwoorden centrale vraag. Ook de vraag wat Vattenfall op grond van de Elektriciteitswet in rekening mocht brengen, komt pas later aan de orde. Eerst als op de overkoepelende vraag naar de toelaatbaarheid van het in rekening brengen van de kW-vergoeding is beslist, kunnen individuele omstandigheden aan bod komen.

De collectieve actie heeft voordelen boven het voeren van individuele procedures. Het bevordert de concentratie van het debat, voorkomt tegenstrijdige uitspraken en kan positief bijdragen aan een schikking.

6.32. De stelling van Vattenfall dat in algemene zin niet kan worden gezegd dat klanten die een kW-vergoeding betaalden duurder uit zijn dan klanten die die vergoeding niet hebben voldaan, doet niet af aan het voorgaande. Voor nu is voldoende dat de kW-vergoeding is gefactureerd en is geïnd. Pas als later in de procedure blijkt dat de kW-vergoeding niet in rekening mocht worden gebracht, komen de gevolgen daarvan aan de orde. Daarover moet het debat nog worden gevoerd. Verder schept de door Vattenfall overgelegde productie 4 waarin verschillende klanten met elkaar zijn vergeleken – klanten die een kW-vergoeding betaalden en klanten die dat niet deden – nog niet de vereiste duidelijkheid. Op voorhand blijkt daaruit niet dat volkomen gelijke groepen klanten met elkaar zijn vergeleken en dat de kW-vergoeding geen invloed heeft gehad of kan hebben gehad op de prijs die de verschillende klanten betaalden.

*Overige eisen artikel 3:305a BW*

6.33. Aan de vereisten van artikel 3:305a BW is voor het overige voldaan. Vattenfall heeft niet weersproken dat de Stichting eerst heeft getracht door het voeren van overleg met Vattenfall het gevorderde te bereiken (lid 3 onder c). De nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer is in dit geval gegeven (lid 3 onder b).

*Summierlijk ondeugdelijk?*

6.34. Vattenfall voert aan dat de Stichting niet-ontvankelijk is in haar vordering op Vattenfall N.V. De topholding is niet aansprakelijk voor de gedragingen van Vattenfall Sales en Vattenfall ET, aldus Vattenfall.

6.35. Het doel van artikel 1018c lid 5 sub c Rv is om in uitzonderlijke gevallen een collectieve vordering al vóór de inhoudelijke behandeling ervan van tafel te krijgen, omdat deze niet deugt. Voor een dergelijk vergaand oordeel is hier geen plaats. Dat zou anders zijn als nu al duidelijk is dat concernaansprakelijkheid is uitgesloten, maar daarvan is geen sprake. De beoordeling van de standpunten over de aansprakelijkheid van de topholding moet plaatsvinden in de inhoudelijke fase.

### *Hoger beroep*

6.36. Vattenfall verzoekt tussentijds hoger beroep toe te staan tegen de beslissing voor zover wordt beslist dat de WAMCA van toepassing is of de Stichting (gedeeltelijk) ontvankelijk in haar vorderingen is. In dit vonnis is geoordeeld dat op een deel van de vorderingen van de Stichting de WAMCA van toepassing is. In dit vonnis is nog geen eindbeslissing genomen over de ontvankelijkheid van de Stichting in haar vorderingen. Op grond van artikel 337 lid 2 Rv kan van een tussenvonnis slechts tegelijk met dat van het eindvonnis hoger beroep worden ingesteld, tenzij de rechter anders heeft bepaald. Voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel is niet snel aanleiding gezien de vertraging die daarmee gepaard gaat. In dit geval zijn er geen zwaarwegende belangen of bijzondere procesrechtelijke redenen om van het uitgangspunt dat geen tussentijds hoger beroep wordt toegestaan, af te wijken. Het verzoek van Vattenfall zal bij het volgende vonnis worden afgewezen, ook als de Stichting (deels) kan worden ontvangen in de vorderingen.

### *Slotsom*

6.37. In deze zaak is (i) de WCAM van toepassing voor zover de vorderingen zien op de afnemers van elektriciteit voor wie de Stichting opkomt en die uitsluitend vóór 15 november 2016 een kW-vergoeding gefactureerd hebben gekregen en hebben betaald en (ii) de WAMCA van toepassing voor zover de vorderingen zien op de afnemers van elektriciteit voor wie de Stichting opkomt en die (ook) na 15 november 2016 de kW-vergoeding gefactureerd hebben gekregen en hebben betaald.

6.38. Na de aktewisseling tussen partijen zal een vonnis worden gewezen over de ontvankelijkheid. Die aktewisseling ziet op de omvang van de groep die onder de WAMCA valt en de groep die onder de WCAM valt (in het kader van de representativiteit van de vordering en de vraag of het effectief en efficiënt is om een collectieve actie te voeren) en op de financieringsstructuur. Aan de overige ontvankelijkheidseisen is voldaan, onder het oude recht en onder de WAMCA.

### *Vervolg procedure*

6.39. De Stichting zal zich bij akte moeten uitlaten over (i) het aantal afnemers van elektriciteit dat (ook) na 15 november 2016 de kW-vergoeding gefactureerd heeft gekregen en heeft betaald (r.o. 6.14), (ii) het aantal afnemers dat uitsluitend voor 15 november 2016 de kW-vergoeding gefactureerd heeft gekregen en heeft betaald (r.o. 6.15), (iii) hoeveel afnemers uit die beide groepen zich bij de Stichting hebben aangemeld met (iv) een toelichting over de representativiteit/de efficiënte en effectieve rechtsbescherming (r.o. 6.14 en 6.15). Daarnaast moet de Stichting de financieringsovereenkomst aan de rechtbank overleggen en daarop een toelichting geven zoals omschreven in r.o. 6.23. Vattenfall mag daarop reageren.

6.40. Na de aktewisseling kunnen zich verschillende scenario's voordoen: (a) de Stichting wordt ontvankelijk verklaard ten aanzien van de vorderingen die betrekking hebben op één van de groepen

(WAMCA óf WCAM), (b) de Stichting kan worden ontvangen in haar vorderingen ten aanzien van de beide groepen (WAMCA én WCAM), of (c) de Stichting is niet-ontvankelijk in al haar vorderingen. In de tweede situatie (b) is deels het oude recht en deels de WAMCA van toepassing. Partijen mogen zich voor die situatie uitlaten (in de te nemen akte als bedoeld in r.o. 6.39) over de vraag of de geschillen gelijktijdig worden behandeld of dat de WAMCA-procedure voortgaat en de WCAM-procedure in afwachting van die procedure op de parkeerrol wordt geplaatst.

6.41. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

## **7. De beslissing**

7.1. verwijst de zaak naar de rol van **1 maart 2023** voor **akte aan de zijde van de Stichting** als bedoeld in r.o. 6.39 en 6.40 en daarna naar de rol op een termijn van **vier weken** voor **antwoordakte van Vattenfall** en

7.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.M.E. de Koning, mr. J.T. Kruis en mr. M. Wouters, rechters, bijgestaan door mr. C.E.P. Honing, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 1 februari 2023. Bij afwezigheid van de voorzitter is dit vonnis door mr. Wouters (en de griffier) ondertekend.