

Energie en water

1. Inleiding

In deze kroniek komen de belangrijkste ontwikkelingen op het vlak van consumentencontracten in de sector energie en drinkwater aan de orde.¹ Ik put daarbij vooral uit de uitspraken van de Geschillencommissie Energie en Water (kortweg: ENE, voorheen: OPN oftewel 'openbare nutsbedrijven'). Waar relevant komen ook uitspraken van de civiele rechter aan de orde.

De opbouw van deze kroniek is als volgt. In paragraaf 2 wordt eerst een algemeen overzicht gegeven van de relevante regelgeving en voorwaarden. Daarna wordt in paragraaf 3 en volgende steeds een onderwerp aan de orde gesteld, waarbij de relevante algemene voorwaarden en, waar van toepassing, het wettelijk kader en eventuele regulering van de NMa genoemd worden en vervolgens relevante rechterlijke uitspraken en bindende adviezen van de Geschillencommissie ENE kort worden besproken.

De kroniek is niet allesomvattend. Zo besteed ik geen aandacht aan bevoegdheidsperikelen van de Geschillencommissie ENE.² Ook zal blijken dat veel van de behandelde uitspraken over energie gaan en slechts een enkele uitspraak de levering van drinkwater betreft; levering van warmte komt als zodanig niet aan de orde.

De verslagperiode is niet heel concreet afgebakend, maar de belangrijkste ontwikkelingen die ik rapporteer, dateren van na 2003 tot zomer 2009.

De opgenomen uitspraken werden aan de redactie van dit tijdschrift verstrekt door de Geschillencommissie, rechtsbijstandverleners, rechterlijke instanties en anderen. Eenieder die relevante uitspraken of informatie heeft voor deze kroniek, wordt opgeroepen deze in te sturen naar het redactiesecretariaat (redactie@tvch.nl) voor opvolgende kronieken.

2. Overzicht van regelgeving

Als gezegd staan de bindende adviezen van de Geschillencommissie ENE centraal in deze kroniek. De laatste jaren is echter ook van groot belang de bijzondere regulering

van consumentencontracten door regels die de wetgever en de Energiekamer van de NMa (voorheen DTe) hebben uitgevaardigd voor wat betreft de energiebranche. De contractuele relatie met consumenten is allang niet meer uitsluitend een kwestie van algemene voorwaarden, en ook kan niet meer gesproken worden van een species van 'contracteren met de overheid' zoals de dissertatie van Spier deze rechtsverhouding nu al bijna dertig jaar geleden nog kwalificeerde.³

De genoemde regulering heeft voor consumenten twee belangrijke gevolgen gehad. Allereerst is met de liberalisering van de energiemarkt als het ware een contractuele 'knip' gelegd tussen het leveren van energie en het transporteren van energie. Het centrale idee van de wetgever was om die twee functies ook juridisch te scheiden zodat consumenten meer keuzevrijheid kregen wat betreft het leveringscontract. Het gevolg voor consumenten is geweest dat hun contract met het oude vertrouwde energiebedrijf de facto opgedeeld is in twee contracten: levering en transport.⁴ Dat heeft voor juridische complicaties gezorgd: twee contracten geven als zodanig al meer stof voor conflict en bovendien is de contractuele en administratieve afstemming tussen de twee contracten niet altijd soepel verlopen.⁵

Gegeven de consumentenmarkt voor energie en drinkwater, kunnen contracten met consumenten onderverdeeld worden in vier hoofdtypen: 1) levering van energie (gas, elektriciteit), 2) transport van energie, 3) levering en transport van drinkwater, en 4) levering van warmte. De eerste twee contracten zijn als gezegd naar aanleiding van de splitsing van de consumentenmarkt voor energie ontstaan.⁶ De algemene voorwaarden die gehanteerd worden, zijn langs dezelfde lijnen afgebakend, net als de betrokken branchepartijen. De algemene voorwaarden voor energielevering en warmte worden gebruikt door de leden van de vereniging van energieproducenten, -handelaren en -retailbedrijven (hierna te noemen: *EnergieNed*), die voor energietransport door de leden van de Vereniging Netbeheer Nederland (hierna te noemen: *Netbeheer Nederland*), en die voor waterlevering en -transport door

* Hoogleraar Privaatrecht, Erasmus School of Law Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift

** De auteur was in 2005 en 2006 een van de voorzitters van de Geschillencommissie Energie en Water, en sinds 2009 zit hij de Overleggroep Energie en Water van de SER voor. Met dank aan de personen en instanties zoals: de Geschillencommissie, rechtsbijstandverleners, rechterlijke instanties en anderen die uitspraken ter beschikking stelden. Internetsites die genoemd worden in deze kroniek werden in december 2009 voor het laatst bezocht.

1. Van de literatuur over dit onderwerp, die versnipperd is en snel verouderd, noem ik M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst algemene voorwaarden voor de levering van energie aan consumenten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 1 e.v.; Helen Stout & Ruud Bergamin (red.), *Recht op spanning – De kleinverbruiker in de geliberaliseerde elektriciteitsmarkt*, Utrecht: Lemma 2001, p. 1 e.v. Voor oudere rechtspraak en literatuur zie Van der Veen, *Verbindenissenrecht II* (losbl.), aant. 192. Recenter is H.P.A. Knops, 'Algemene voorwaarden en de energiesector', in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 465 e.v. Zie overigens waar van toepassing de verwijzingen in het vervolg van deze kroniek.
2. Over bevoegdheids- en ontvankelijkheidsperikelen bijv. Geschillencommissie ENE 16 maart 2009, ENE07-2026, *TvC* 2009, p. 258 (m.nt. Ch.E. Bethlem).
3. J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid* (diss. Leiden) 1981.
4. Juridisch is die splitsing destijds niet goed geregeld, constateert ook Knops, *t.a.p.*, p. 497. De energiewetgeving gaat er zelfs van uit dat er een apart contract gecreëerd zou worden voor de meetinrichting, zodat er een concurrerende consumentenmarkt gecreëerd zou worden voor energiemeters. Zie Knops, *t.a.p.*, p. 480-481. Dit onzalige idee is inmiddels verlaten en de verantwoordelijkheid voor de meetinrichting wordt weer teruggebracht bij de netbeheerder.
5. Vgl. Knops, *t.a.p.*, p. 466-467.
6. Zie Knops, *t.a.p.*

de leden van de Vereniging van waterbedrijven in Nederland (hierna te noemen: Vewin).⁷

De relevante sets algemene voorwaarden, alle tot stand gekomen in overleg met de Consumentenbond bij de SER, zijn⁸:

- AV CZ/24 – Model Algemene Voorwaarden voor Drinkwater 1994/1998 (AV Drinkwater),
- AV CZ/27 – Model Algemene Voorwaarden voor Warmte 1994/1998 (AV Warmte),
- AV CZ/56 – Algemene Voorwaarden 2006 voor aansluiting en transport elektriciteit voor kleinverbruikers (AV Transport Elektriciteit),
- AV CZ/57 – Algemene Voorwaarden 2006 voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers (AV Levering Elektriciteit),
- AV CZ/58 – Algemene Voorwaarden 2006 voor aansluiting en transport gas voor kleinverbruikers (AV Transport Gas) en
- AV CZ/59 – Algemene Voorwaarden 2006 voor de levering van gas aan kleinverbruikers (AV Levering Gas).

Bedacht moet wel worden dat deze AV niet de exclusieve bron van verbintenissen zijn in de verhouding tussen consument en energiebedrijf, want de AV zijn inmiddels ingebed in een web van voorschriften van de Energiekamer NMa en de zogenaamde codes (tarievcodes, netcodes, systeemcodes, informatiecodes en meetcodes).⁹ Deze codes houden het midden tussen regelgeving en zelfregulering, omdat ze door de branche en na overleg met representatieve organisaties worden voorgelegd aan de Energiekamer, die ze vervolgens goedkeurt. Het lijkt erop dat de codes niet van rechtswege in contractuele zin tussen partijen van toepassing zijn, maar ze geven wel indirect sturing aan hetgeen de consument bijvoorbeeld mag verwachten van zijn wederpartij.¹⁰ Bovendien incorporeren de AV de codes als het ware in het contract met de consument en geven de AV bij strijd een voorrangsregel.¹¹ Zo is bijvoorbeeld gewaarborgd dat de forfaitaire compensatieregeling bij stroomstoringen (daarover nader in paragraaf 5.4), die niet in de AV zelf te vinden is, wel deel

uitmaakt van het contract tussen consument en ondernemer.

De relevante wetgeving is goeddeels terug te voeren op de *Elektriciteitswet 1998* (m.n. art. 26a, 86a), de *Gaswet* (art. 14, 52b). Bovendien moet de *Implementatie- en Interventiewet 2004 (I&I-wet 2004)* worden genoemd.¹²

Het belangrijke gevolg van die wet is dat levering van gas en elektriciteit aan consumenten voortaan door de regels van de consumentenkoop beheerst wordt. Zie art. 7:5 lid 1 BW zoals dat sindsdien luidt. Levering van leidingwater is geen consumentenkoop (art. 7:5 lid 3 BW).

Van de ministeriële regelingen en beleidsregels van de Energiekamer NMa kunnen worden genoemd:

- Beleidsregel 'factureringstermijnen energie', 11 februari 2005¹³,
- Richtsnoeren NMa informatieverstrekking energieleveranciers aan consumenten, 12 december 2007¹⁴,
- Richtsnoeren Redelijke Opzegvergoedingen Vergunninghouders, 16 januari 2008¹⁵,
- Beleidsregel Procedure geschillen Energie, 30 augustus 2004¹⁶,
- Bijlage 1 Aanvraag Geschilbeslechting Energie Aanvrager¹⁷,
- Bijlage 2 Reactieformulier voor de betrokken netbeheerder¹⁸,
- Regeling afsluiten elektriciteit en gas van kleinverbruikers 2006¹⁹ en
- Regeling Afnemers en Monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet²⁰.

Al deze wetgeving en het indringende toezicht op de geliberaliseerde energiemarkt maken dat de Geschillencommissie ENE inmiddels een andere positie inneemt dan enige jaren geleden. De algemene voorwaarden zijn belangrijk, maar voor ondernemers zijn er tal van andere regels waar zij zich aan moeten houden. Bovendien zijn er ook andere wegen naar geschiloplossing. Klachten over *netbeheerders* kunnen namelijk ook gericht worden aan de Energiekamer NMa (art. 51 Elektriciteitswet; art. 19

7. Naast EnergieNed is er de *Nederlandse Vereniging voor Marktwerking in de Energie* (VME) waarin de 'nieuwe' energieleveranciers zijn verenigd. Zie <www.vmenederland.eu>.

8. De AV zijn te raadplegen op de website van de SER. Zie: <www.ser.nl/nl/taken/zelfregulering/consumentenvoorwaarden/praktische%20informatie.aspx>. In de AV levering gas en elektriciteit hebben partijen geen overeenstemming bereikt over de aansprakelijkheidsregeling.

9. Zie nader Knops, *t.a.p.*, p. 474 e.v. en p. 493-495, waar hij ingaat op de verhouding tussen de technische Codes en de AV en waarbij hij de conclusie trekt dat de Codes ondergeschikt zijn aan de AV. Vgl. echter ook *Kamerstukken II*, 26 303, nr. 3, p. 25 en CBB 4 september 2002, AWB 01/400, *LJN* AE8312 (*Vereniging voor Energie, Milieu en Water/Directeur DTE*).

10. Zie voor de vraag of de Netcode tussen netbeheerder en consument geldt, in ontkennende zin: Rb. Rotterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ3700. Zie voorts wat betreft de verhouding tussen AV en marktafspraken (*B'con Issues*): Geschillencommissie ENE 14 mei 2007, ENE06-2157, die oordeelt dat 'marktafspraken niet aan consument kunnen worden tegengeworpen'.

11. Zie art. 2 AV Transport Elektriciteit; art. 2 AV Transport Gas.

12. Wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter uitvoering van richtlijn nr. 2003/54/EG (*PbEG*, L176), verordening nr. 1228/2003 (*PbEG*, L176) en richtlijn nr. 2003/55/EG (*PbEG*, L176), alsmede in verband met de aanscherping van het toezicht op het netbeheer (*Stb.* 2004, 328, i.wtr. per 14 juli 2004, i.wtr. KB 2 juli 2004, *Stb.* 2004, 330). Daarover M.B.M. Loos, 'Verboden exoneraties in energieleveringsovereenkomsten en vernietiging van met de wet strijdige bindende adviezen', *TvC* 2006, p. 3-6.

13. <www.energiekamer.nl/images/Beleidsregel%20facturering_101977_tcm7-14899.pdf>.

14. <www.energiekamer.nl/images/071218%20Richtsnoeren%20informatieverstrekking%20energieleveranciers%20aan%20consumenten_tcm7-109732.pdf>.

15. <www.energiekamer.nl/images/Richtsnoeren_Redelijke_Opzegvergoedingen_Vergunninghouders_16_januari_2008_tcm7-110714.pdf>.

16. <www.energiekamer.nl/images/12_21306_tcm7-4712.pdf>.

17. <www.energiekamer.nl/images/Bijlage%201%20formulier%20geshil%20verzoeker%20def_tcm7-4713.doc>.

18. <www.energiekamer.nl/images/Bijlage%202%20formulier%20netbeheerder%20def_tcm7-4714.doc>.

19. <www.energiekamer.nl/images/Wijn_regeling_integraal_tcm7-108298.pdf>.

20. <www.energiekamer.nl/images/12_20136_tcm7-4576.pdf>.

Gaswet).²¹ Bovendien is de Energiekamer NMa bevoegd om energieleveranciers en netbeheerders aan te sporen tot betere klachtafhandeling, informatievoorziening en handelspraktijken op de consumentenmarkt.²² Voorts is van belang dat inmiddels de Consumentenautoriteit het toezicht op handelspraktijken van de energiesector tot haar werkgebied mag rekenen²³, en dat de ondernemers in dit veld zelf kwaliteitsbevorderende zelfregulering in het leven roepen, zoals de *EnergieNed Gedragscode Consument en Energieleverancier*.²⁴

Het is kortom een gecompliceerd veld met veel regels en spelers waarin de Geschillencommissie ENE opereert. De hiervoor bedoelde splitsing van contracten met leveranciers en netbeheerders heeft als praktische uitwerking dat van groot belang is dat een klacht voor de Geschillencommissie tegen de juiste ondernemer ingesteld wordt, om te voorkomen dat de klacht niet inhoudelijk behandeld kan worden of niet alle relevante feiten op tafel komen. In voorkomende gevallen gebruikt de commissie haar bevoegdheid om naast de ondernemer tegen wie wordt geklaagd een andere (aangesloten) ondernemer in de procedure te betrekken.²⁵

3. Contractsluiting (op afstand)

3.1. Totstandkoming

Leverings- en transportovereenkomsten dienen op schrift te worden gesteld en dienen de essentialia te bevatten.²⁶ Wat essentialia zijn, wordt in wetgeving, lagere regelgeving en in zelfregulering nader uiteengezet.²⁷ Van belang zijn hier onder andere art. 95m lid 1-4 Elektriciteitswet, die bepalen:

‘1. De voorwaarden, verbonden aan een leverings- of transportovereenkomst met een afnemer als bedoeld in artikel 95a, eerste lid (kort gezegd: kleinverbruikers, mijn toevoeging, WvB), 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.

2. Leveranciers en netbeheerders zorgen ervoor dat afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, te allen tijde transparante informatie kunnen verkrijgen over de geldende tarieven en voorwaarden voor levering en transport van elektriciteit.

3. Het is verboden voor de houder van een vergunning om op zodanige wijze afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, te benaderen dat onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten, de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging.

4. Een contract, gesloten in strijd met het bepaalde bij of krachtens dit artikel is vernietigbaar.’

Leveringscontracten zullen veelal telefonisch of via internet tot stand komen. Als een consument de Nederlandse taal gebrekkig beheerst en de telemarketeer ‘in hoog tempo pratend en vragende bevestigende antwoorden heeft geforceerd’, kan niet alleen verwarring ontstaan maar ook ontbreken van de wil tot contracteren. In ENE08-1242 leidt dit voor de Geschillencommissie tot het oordeel dat er helemaal geen overeenkomst tot stand is gekomen en de ondernemer ervoor moet zorgen dat de ‘switch’ als onverschuldigd betaald ongedaan wordt gemaakt.²⁸

Van de telefonische verkoopgesprekken wordt het gedeelte van het gesprek waarin de consument instemt met de overeenkomst, opgenomen. Dit zogenaamde voicelog bewijst het tot stand komen van een overeenkomst (of juist het niet tot stand komen). Overigens moeten de in het voicelog afgelegde verklaringen ook nog wel eens worden uitgelegd. Wat als de consument ‘hmm’ antwoordt op de bevestigende mededeling van de telemarketeer dat de consument een overeenkomst sluit? De commissie interpreteerde dat in het gegeven geval als toestemming.²⁹

Het voicelog bewijst niet wat er daarvóór in het gesprek door de telemarketeer is gezegd over de contractvoorwaarden. In ENE07-2596 leidt de commissie met weinig omhaal van woorden uit het feit dat het voicelog bevestigt dat de consument instemt, af dat de consument in het gesprek daarvoor voorgehouden moet zijn dat hij goedkoper uit zou zijn dan bij zijn huidige leverancier. Aangezien de consument niet goedkoper uit blijkt te zijn, gaat de commissie er zonder meer vanuit dat van dwaling en vernietigbaarheid sprake is.³⁰

Een ander totstandkomingsprobleem betreft de zogenaamde ‘spookswitches’, waarbij de consument plotseling bericht krijgt dat hij van leverancier is overgestapt. Tech-

21. Zie verder Beleidsregel Procedure geschillen Energie (zie nt. 16). Klagen over leveranciers op grond van art. 51 Elektriciteitswet 1998 is niet mogelijk (Besluit Raad van Bestuur NMa 27 september 2005, nr. 102096/5).

22. Zie recentelijk de *Monitor Nederlandse kleinverbruikersmarkt voor elektriciteit en gas juli 2007-juni 2008*, op grond waarvan de Energiekamer de vergelijkbaarheid van de contractvoorwaarden van de verschillende leveranciers wil vergroten zodat consumenten meer overzicht hebben bij het kiezen tussen leveranciers.

23. Zie art. V en VI van de Wet van 25 september 2008 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *Stb.* 2008, 397 (Wet Oneerlijke Handelspraktijken). De genoemde artikelen trekken de specifieke regels uit de Gaswet en Elektriciteitswet in, zodat ook voor de energiebranche de ‘gewone’ regels van art. 6:193a BW e.v. en art. 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming gelden.

24. Zie <www.energiened.nl> (onder ‘Consument en energie’). Niet-naleving van deze Code door een aangesloten ondernemer wat betreft ‘verifieerbare verplichtingen’ (art. 6:193c lid 2 aanhef en onder b BW) is een oneerlijke handelspraktijk en daarmee onrechtmatig tegenover consumenten. Bovendien is via art. 7.2 en 7.3 van de Code de Geschillencommissie ENE bevoegd om over consumentenklachten over niet-naleving van de Code wat betreft de contractuele verplichtingen te oordelen.

25. Bijv. Geschillencommissie ENE 29 oktober 2008, ENE08-1215.

26. Het schriftelijkheidsvereiste als neergelegd in de Regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet is niet constitutief, aldus de toelichting in *Stcrt.* 2004, 132, p. 14.

27. Bijv. art. 95m Elektriciteitswet 1998. Een en ander is verder uitgewerkt in art. 2 en 3 Regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet, maar ook in art. 1.7-1.8 van de EnergieNed Gedragscode Consument en Energieleverancier.

28. Geschillencommissie ENE 7 november 2008, ENE08-1242.

29. Geschillencommissie ENE 6 december 2006, ENE07-2202.

30. Geschillencommissie ENE 29 augustus 2008, ENE07-2596.

nisch is dat mogelijk omdat de marktafspraken zo zijn dat de nieuwe leverancier het initiatief neemt om het contract dat de consument heeft met de oude leverancier, te beëindigen. Als de nieuwe leverancier echter een administratieve fout heeft gemaakt en er helemaal geen nieuw contract is, dan ontstaat een spookswitch. De consument krijgt dan nog wel eens te horen dat dit administratief gezien niet met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt kon worden.³¹ De Geschillencommissie constateert echter dat er geen contractuele grondslag in de overeenkomsten met de oude leverancier bestaat voor het zonder instemming van de consument ‘switchen’ van het contract:

‘De commissie stelt vast, dat de ondernemer niet het standpunt van de consument heeft bestreden, dat in de contractuele relatie van de ondernemer met de consument geen melding wordt gemaakt van de mogelijkheid, dat het contract beëindigd kan worden op grond van een melding van een derde. Met de consument is de commissie van oordeel, dat de consument in beginsel geen enkele boodschap heeft aan de afspraken die de ondernemers met elkaar hebben gemaakt. Hij moet kunnen afgaan op hetgeen hij met de ondernemer heeft afgesproken. In zoverre is de klacht gegrond. Voorts is het gebruikelijk in het handelsverkeer, dat indien sprake is van een omissie zaken kunnen worden teruggedraaid. Dat de ondernemer zich heeft geconformeerd aan een systeem, dat dat niet mogelijk maakt is iets, dat de consument evenmin regardeert. In zoverre is de klacht eveneens gegrond. De commissie maakt daarbij evenwel de aantekening, dat niet goed is in te zien welke schade de consument, afgezien van het ongerief en ongemak, daardoor lijdt. Een en ander geldt te meer nu de consument tegen de veroorzaker van het hem aangedane “leed” eveneens een klacht heeft ingediend.’³²

De commissie lijkt hier te suggereren dat klachten over de spookswitch en de daaruit ontstane schade bij de ‘nieuwe’ leverancier neergelegd moeten worden. De vraag is dan wel of – als er juridisch geen contract is met die leverancier – de commissie bevoegd is om klachten daarover te horen. Die bevoegdheid verloopt namelijk via de AV, en die zijn dan strikt genomen niet van toepassing omdat er überhaupt geen contract is. Natuurlijk is het wel wenselijk dat de Geschillencommissie bevoegdheid toekomt om te oordelen over zoiets hinderlijks als spookswitches. Vermoedelijk biedt in elk geval de *EnergieNed Gedragscode Consument en Energieleverancier* die grondslag aan de commissie wat betreft de ‘nieuwe’ leverancier.³³

3.2. Overeenkomst op afstand

Telefonisch tot stand gekomen overeenkomsten zijn ‘overeenkomsten op afstand’ (art. 7:46a BW). Het gevolg

daarvan is in beginsel dat een wettelijke bedenkttermijn op grond van art. 7:46d lid 1 BW geldt.³⁴ Bovendien is er een contractuele bedenkttermijn. Art. 3 AV Levering Elektriciteit³⁵ bepaalt over de bedenkttermijn:

‘1. De leveringsovereenkomst komt tot stand door aanvaarding door de leverancier van de aanvraag van de contractant respectievelijk door aanvaarding door de contractant van de aanbieding van de leverancier. Iedere leveringsovereenkomst wordt door de leverancier schriftelijk vastgelegd.

2. De leverancier geeft de contractant het recht gedurende zeven werkdagen na ontvangst van de vastgelegde overeenkomst de leveringsovereenkomst schriftelijk te ontbinden. De leverancier zal gedurende deze dagen – indien van toepassing – nog niet overgaan tot het opzeggen van de lopende overeenkomst tot levering en het doen van een verzoek tot leverancierswisseling aan de netbeheerder. Indien de contractant de leverancier hierom schriftelijk uitdrukkelijk verzoekt, kan de leverancier van het bepaalde in de voorgaande zinnen afwijken.

3. De leveringsovereenkomst gaat in op de overeengekomen datum dan wel indien die datum niet uitdrukkelijk is afgesproken op de datum waarop de eerste levering plaatsvindt. In het laatstbedoelde geval stelt de leverancier de contractant zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen twee maanden na de eerste levering op de hoogte van de ingangsdatum.’

In ENE07-0860 beslist de commissie over een bevestigingsbrief van de ondernemer waarin naar de algemene voorwaarden wordt verwezen, maar die zelf niets over een bedenkttermijn meldt. De commissie beslist dat de ontbindingstermijn daardoor wordt verlengd tot drie maanden:

‘Overigens acht de commissie een verwijzing naar de productvoorwaarden in dit kader op zichzelf onvoldoende duidelijk en begrijpelijk, nu in de brief op geen enkele wijze wordt verwezen naar de mogelijkheid voor de consument om tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan, maar slechts wordt verwezen naar de op de achterzijde afgedrukte productvoorwaarden. De mogelijkheid van ontbinding van de overeenkomst kan redelijkerwijs niet als een productvoorwaarde worden aangemerkt. De commissie geeft de ondernemer in overweging zijn brieven in de hiervoor vermelde zin aan te passen. Door deze nalatigheid is de ontbindingstermijn van rechtswege overgegaan in een termijn van drie maanden. Hierdoor was de consument hoe dan ook tijdig met zijn opzegging.’³⁶

In een andere zaak beslist de commissie evenwel anders:

31. Nader Knops, *t.a.p.*, p. 518-519.

32. Geschillencommissie ENE 16 oktober 2007, ENE07-0993.

33. Zie art. 7.5 EnergieNed Gedragscode Consument en Energieleverancier: ‘Iedere leverancier zal ingeval van een foute leverancierswisseling zich tot het uiterste inspannen dat de fout voor de klant zo spoedig mogelijk en met zo min mogelijk last wordt hersteld.’

34. Geschillencommissie ENE 7 augustus 2007, ENE07-0860.

35. Zie ook art. 6.6 EnergieNed Gedragscode Consument en Energieleverancier: ‘De consument die een nieuwe leveringsovereenkomst is aangegaan, krijgt van de nieuwe leverancier het recht gedurende 7 werkdagen na ontvangst van (de bevestiging van) de leveringsovereenkomst, de leveringsovereenkomst schriftelijk te ontbinden. De nieuwe leverancier zal gedurende deze dagen nog niet overgaan tot het opzeggen van de eventuele bestaande leveringsovereenkomst, tenzij de consument de leverancier hierom schriftelijk uitdrukkelijk verzoekt.’

36. Geschillencommissie ENE 7 augustus 2007, ENE07-0860.

‘De wet geeft in artikel 7:46d BW de consument eveneens een ontbindingsbevoegdheid van 7 werkdagen en laat deze termijn ingaan “na ontvangst van de zaak”. De commissie acht het redelijk om bij een duurovereenkomst als de overeenkomst tot levering van energie de wettelijke termijn te laten ingaan na ontvangst van de contractbevestiging. De in de wet voorziene mogelijkheid van verlenging van deze termijn tot 3 maanden acht de commissie op de overeenkomst tot levering van energie niet toepasbaar, omdat reeds geleverde energie niet kan worden teruggegeven. In dit geval valt de contractuele ontbindingstermijn dus samen met de wettelijke.’³⁷

In weer een andere zaak besliste de commissie bovendien dat de zevendaagse bedenktijd die de ondernemer had gegund, niet terug te voeren is op art. 7:46d BW, omdat het om een koop op afstand zou gaan van zaken die naar hun aard niet terug te zenden zijn.³⁸ Conclusie is dat de commissie nog geen vaste lijn op dit punt lijkt te hebben.

In dossier ENE06-2224 is sprake van een telefonisch tot stand gekomen overeenkomst die niet schriftelijk is bevestigd.³⁹ Bovendien is ook niet gebleken dat de consument is gewezen op de bedenktijd. Daarom is, zo beslist de commissie, de ondernemer gehouden de consument terug te switchen naar de oorspronkelijke leverancier zonder daarvoor kosten in rekening te brengen aan de consument.

4. Tarieven, betaling, voorschot, meterstand en navordering

4.1. Tarieven en hun transparantie

Bij het aangaan van de overeenkomst moet duidelijkheid bestaan over het tarief dat de consument moet betalen.⁴⁰

In zaak ENE06-2106 betreft het een aanbieding van de ondernemer voor een driejarig contract waarin niet wordt vermeld dat de tarieven kunnen wijzigen. De bevestigings-e-mail noemt de driejaarstermijn en ‘Voor gas betaalt u slechts € 0,3102 per m³ gas + € 1,67 per maand vastrecht. Deze bedragen zijn exclusief BTW, energiebelasting en voor uw regio door de Gasunie vastgestelde landelijke transportkosten (...) Onderaan deze e-mail treft u de leveringsovereenkomst van (...) aan en als bijlage de Algemene Voorwaarden.’ In die voorwaarden staat wél dat het tarief kan fluctueren. Is de consument gebonden aan tariefwijzigingen? Ja, meent de commissie:

‘Met de consument is de commissie van oordeel dat de ondernemer in gebreke blijft als het gaat om het verschaffen van duidelijkheid omtrent de tarieven die worden gehanteerd. Op geen enkele wijze blijkt uit de aanmeldingsbrief dat er sprake is van tarieven die slechts op een bepaald moment/in een bepaalde periode van toepassing zijn. Slechts door de Algemene Voorwaarden erop na te

slaan, wordt duidelijk dat de ondernemer zich het recht voorbehoudt om wijzigingen in de tariefregeling door te voeren, mits wordt voldaan aan een aantal voorwaarden, waaronder publicatie. Het had de ondernemer gesierd indien hij inderdaad duidelijk in zijn aanmeldingsbrief had vermeld dat de daarin genoemde tarieven onderhevig zijn aan wijzigingen. Dit klemt te meer nu in de aanmeldingsbrief van 27 mei 2006 aangegeven wordt dat het overstapproces gemiddeld 26 kalenderdagen in beslag neemt én het een feit van algemene bekendheid is dat de tariefswijzigingen inzake gas per 1 juli en 1 januari plaatsvinden. Dat brengt met zich dat de consument een overeenkomst heeft getekend waarin tarieven worden genoemd die voor hem slechts om en nabij één week van toepassing zijn. De commissie is van oordeel dat de wijze waarop de consument is geïnformeerd omtrent het contract dat hij is aangegaan, niet de schoonheidsprijs verdient. Desalniettemin ontbreekt de mogelijkheid dit klachtonderdeel gegrond te verklaren, aangezien in de bevestiging van aanmelding d.d. 27 mei 2006 is verwezen naar de Algemene Voorwaarden, waarin wel de mogelijkheid tot tariefswijziging staat opgenomen. Daarmee heeft de ondernemer in juridische zin juist gehandeld.’⁴¹

4.2. Factureren en betalen

Art. 5 *Regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet* bepaalt dat leveranciers en netbeheerders kleinverbruikers een ruime keuze uit betalingswijzen dienen aan te bieden en dat een verschil in tarieven en voorwaarden tussen de betalingswijzen, bedoeld in het eerste lid, verband moet houden met het verschil in kosten die deze betalingswijzen voor de leverancier of de netbeheerder met zich brengen. Op zichzelf is het in rekening brengen van € 1 voor betaling per acceptgiro dus toegestaan, aldus de Geschillencommissie.⁴²

De *Beleidsregel factureringstermijnen energie 2005* is van belang voor de termijnen waarbinnen gefactureerd moet worden. Leverancier en netbeheerder moeten in beginsel binnen twee maanden een juiste en volledige (eind)afrekening aan de consument sturen, te rekenen vanaf de afrekenmaand, dan wel, als van verhuizing of switch sprake is, vanaf het moment dat de verhuizing door de netbeheerder is geaccepteerd of de overstap naar een andere leverancier is geëffectueerd.

4.3. Voorschot, meteropname en navordering

Het maandelijks voorschot dient ertoe om verrassingen (lees: grote navorderingen) aan het eind van de verbruiksperiode te voorkomen. Als het voorschot om wat voor reden dan ook ‘ernaast zat’, is dat in beginsel echter voor risico van de consument. Afgenomen energie en water moeten worden betaald. Een te laag voorschotbedrag leidt dus niet tot verval van de plicht om alsnog te betalen, aldus de vaste lijn van de Geschillencommissie.⁴³ Dat geldt ook als de ondernemer een fout heeft gemaakt bij het

37. Geschillencommissie ENE 6 december 2006, ENE06-2202.

38. Geschillencommissie ENE 2 juni 2006, ENE06-0203.

39. Geschillencommissie ENE 20 november 2006, ENE06-2224.

40. Zie bijv. art. 95m lid 2 Elektriciteitswet.

41. Geschillencommissie ENE 4 december 2006, ENE06-2106.

42. Geschillencommissie ENE 21 juli 2006, ENE06-1128.

43. Zie bijv. Geschillencommissie ENE 22 mei 2007, ENE07-0631; Geschillencommissie ENE 19 juni 2006, ENE06-0934. Vgl. art. 11 AV Levering Elektriciteit.

berekenen van het voorschot. De klachtafwikkeling door de ondernemer kan daarbij wel een rol spelen, zo volgt uit ENE06-0934:

‘Nu de ondernemer de consument uit eigener beweging bovendien 10% van de betreffende naheffing heeft kwijtgescholden, excuses en een betalingsregeling (waarvan de consument overigens geen gebruik wenste te maken) heeft aangeboden, is de consument naar het oordeel van de commissie voldoende gecompenseerd en is de klacht ongegrond.’⁴⁴

Als de energiemeter lange tijd niet wordt opgenomen door de ondernemer en de consument voorschotten betaalt die niet in overeenstemming zijn met het werkelijke verbruik, kan dat tot aanzienlijke navorderingen leiden, ofwel omdat de voorschotten lager blijken te zijn dan het werkelijke verbruik ofwel omdat de meter niet correct blijkt te hebben gefunctioneerd (bijvoorbeeld omdat deze is blijven stilstaan). Grote navorderingen zijn onwenselijk uit een oogpunt van budgetbeheer van de consument, maar wiens verantwoordelijkheid is het om te voorkomen dat dit gebeurt? Als gezegd moet geleverde energie worden betaald.⁴⁵ De ondernemer hoeft daarom ook niet een verklaring te geven voor plots toegenomen verbruik (hoewel ondernemers desgevraagd toch vaak wel ‘meedenken’ in het zoeken naar verklaringen, zeker als de zaak voor de commissie komt).⁴⁶

Heeft de meter niet goed gefunctioneerd, dan heeft de ondernemer het recht om te schatten en na te vorderen tot 24 maanden, terug te rekenen vanaf het moment van uiten van twijfel over de juiste registratie door meetinrichting.⁴⁷ Is er echter sprake van dat de meter prima functioneert, maar de meterstanden langdurig niet opgenomen zijn, dan is *geschat* verbruik in rekening gebracht. Als dan na verloop van een lange tijd de meter wél wordt opgenomen, kan blijken dat al die tijd in werkelijkheid meer is verbruikt dan op basis van schatting in rekening is gebracht. Voor die gevallen geldt een ander regime. De Geschillencommissie heeft in het verleden namelijk de regel geïntroduceerd dat de ondernemer ten minste éénmaal per drie jaar zélf de meterstanden dient op te nemen (de zogenaamde *methode-Vink*), om te voorkomen dat de consument – die vaak gevraagd wordt om zelf de meterstanden in te sturen – fouten maakt bij het doorgeven, de opgenomen meterstanden niet correct aankomen bij de ondernemer, et cetera. Die ‘methode-Vink’ kwam er in de praktijk op neer dat de navordering niet verder terug mag grijpen dan drie jaar voorafgaande aan de meteropneming door de ondernemer.⁴⁸

Zo speelde in dossier ENE06-0105 een navordering waarvan de consument stelde dat het geregistreerde verbruik niet reëel was.⁴⁹ Dat is niet ongebruikelijk als enige

jaren schattingen van het verbruik worden gehanteerd en dan opeens de meter opgenomen wordt. Dan lijkt het alsof het verbruik opeens enorm is gestegen, maar in werkelijkheid is al die tijd gewoon te laag ingeschat. De ondernemer had hier al een deel van de navordering laten vallen op grond van de methode-Vink. De consument stelde niet dat de meter niet juist zou functioneren en evenmin waren de meterstanden bestreden. Daarom, zo besliste de commissie, moet de consument de nota's van de ondernemer betalen. Waarom er sprake is van een hoog verbruik hoeft de ondernemer niet te verklaren.

In dossier ENE07-0302 moest de commissie oordelen over het volgende.⁵⁰ Een consument kreeg op enig moment een hoge naheffingsnota; de ondernemer bleek vijf jaar lang slechts 10% van het werkelijk gebruik in rekening te hebben gebracht. De oorzaak blijkt een softwarefout aan de kant van de ondernemer. De methode-Vink is hier niet rechtstreeks van toepassing, maar de Geschillencommissie oordeelt wel langs de lijnen van deze jurisprudentie. Als niet ieder jaar meteropnemers langskomen om de standen te controleren, zijn eventuele afwijkingen ouder dan drie jaren niet meer toe te rekenen aan de consument. Het gaat immers, aldus de commissie, om primaire levensbehoeften en als bedragen sterk kunnen oplopen zonder dat de consument daar zicht op heeft, leidt dat tot onaanvaardbare situaties. Daarom hoeft de consument de navordering voor wat betreft verbruik dat langer dan drie jaar voor de navordering heeft plaatsgevonden, niet te betalen.

In dossier ENE06-2035⁵¹ stelde de consument te twijfelen aan de juistheid van de gezonden afrekeningen. De meterstanden zijn echter berekend en gecorrigeerd aan de hand van opgenomen standen. Daarom is, zo besliste de commissie, de consument verantwoordelijk voor het gebruik of misbruik dat van de meter of van de aansluiting wordt gemaakt, ook als dit door derden geschiedt. Verder is er ook geen grond voor een uitzondering, omdat er geen aanwijzingen zijn dat de meters niet goed hebben gefunctioneerd.

4.4. Verjaring van betalingsvorderingen van de leverancier en netbeheerder

Bij het toepassen van de methode-Vink moet worden bedacht dat de driejaarstermijn als gevolg van de I&I-wet 2004 waarschijnlijk is verkort tot twee jaar, althans voor wat betreft energie. Die wet bepaalde namelijk dat op de levering van energie aan consumenten, de regels van de consumentenkoop van toepassing zijn. Vóór het in werking treden van de I&I-wet 2004 werd navordering geregeerd door art. 3:307 BW. De verjaringstermijn bedroeg dus vijf jaren na opeisbaarheid, dat wil waarschijnlijk zeggen te rekenen vanaf het moment dat de jaarlijkse eindafrekening uitgebracht had moeten zijn. Op overeenkomsten gesloten na 14 juli 2004 is op kleinverbruik door

44. Geschillencommissie ENE 19 juni 2006, ENE06-0934.

45. Zie nt. 43.

46. Zie bijv. Geschillencommissie ENE 10 maart 2008, ENE07-1171; Geschillencommissie ENE 24 september 2007, ENE07-0595; Geschillencommissie ENE 22 juni 2007, ENE07-0820.

47. Zie bijv. art. 12 AV Levering Elektriciteit en art. 13 AV Transport Elektriciteit voor de te volgen procedure bij geschillen over de meetinstallatie. Zie bijv. Geschillencommissie OPN 13 januari 2003, OPN-D02-0502.

48. Zo bijv. Geschillencommissie ENE 4 oktober 2006, ENE06-1762; Geschillencommissie ENE 29 december 2006, ENE06-2239.

49. Geschillencommissie ENE 20 november 2006, ENE06-0105.

50. Geschillencommissie ENE 7 mei 2007, ENE07-0302.

51. Geschillencommissie ENE 22 november 2006, ENE06-2035.

consumenten de tweejarige verjaringstermijn van art. 7:28 BW van toepassing, ook te rekenen – zo lijkt mij – vanaf het moment waarop de jaarlijkse eindafrekening uitgebracht had moeten zijn (specifieker: vanaf de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke nakoming kan worden gevorderd). Eenzelfde tweejarige verjaringstermijn geldt inmiddels voor netbeheerders.⁵² Voor drinkwater en warmte geldt nog wel de ‘oude’ methode-Vink.

In zaak ENE06-0750 had de consument een factuur ontvangen in december 2005 inzake navordering over maart-december 2003.⁵³ De consument had betaald, waarna hij voor de Geschillencommissie met een beroep op verjaring het betaalde terugvorderde. De commissie oordeelt dat art. 7:28 BW van toepassing is, dat de consument op een verjaarde vordering en dus een natuurlijke verbintenis (art. 6:3 BW) heeft betaald en dus niet onverschuldigd. Ik vermoed echter dat ingevolge art. 196 lid 2 Overgangswet Nieuw BW, de verjaring van art. 7:28 BW niet van toepassing is op overeenkomsten gesloten voor 14 juli 2004 en dat de vordering dus door het ‘oude vijfjaarsregime’ werd beheerst.⁵⁴ In diezelfde zin besliste de commissie in zaak ENE07-0595:

‘De leveringscontracten gas en water zijn op 20 december 1999 tussen partijen gesloten. Ingevolge de overgangswetgeving is de wettelijke regeling betreffende consumentenkoop – welke overigens slechts ziet op de leveringsovereenkomst ter zake van gas en elektriciteit en niet op die ter zake van water – niet van toepassing op overeenkomsten die zijn aangegaan vóór 14 juli 2004. De wettelijke regeling betreffende de consumentenkoop is derhalve niet op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing. De verjaringstermijn is in casu voor de levering van water derhalve vijf jaren na opeisbaarheid van de vordering. Voor wat betreft de levering van gas mag de ondernemer in het kader van de door de commissie ontwikkelde “methode-Vink” over een periode van maximaal drie jaar voorafgaande aan de datum van de laatste meteropname het geschatte verbruik corrigeren en aan de consument in rekening brengen.⁵⁵

Mijn conclusie zou dus zijn dat het bedrag dat met inachtneming van de methode-Vink in rekening gebracht mag worden voor energiecontracten gesloten voor 14 juli 2004, onderworpen is aan een verjaringstermijn van vijf jaar. Anders oordeelde echter de commissie in zaak ENE08-0488:

‘Het komt de commissie niet redelijk en billijk voor dat voor consumenten die makkelijk van leverancier switchen, op grond van de wettelijke bepalingen een verjaringstermijn van twee jaar geldt en voor deze consument die ervoor gekozen heeft om bij zijn leverancier te blijven een

verjaringstermijn van vijf jaar geldt. De wetgever heeft er geen rekening mee gehouden dat het bij energie vaak om zogenaamde duurovereenkomsten gaat. De overgangswet bepaalt daarbij niet dat de verjaringstermijn van twee jaar ook geldt bij overeenkomsten van vóór 14 juli 2004. Dat de kennelijke bedoeling van de wetgever is geweest om over te gaan op een verjaringstermijn van twee jaar kan overigens ook worden afgeleid uit de zogenaamde Splitsingswet voor netbeheerders, waarin de intentie is vastgelegd om een verkorte verjaringstermijn te gaan hanteren. Hierbij geldt geen overgangsrecht. Gezien de feiten en omstandigheden van dit geval ziet de commissie aanleiding om ondanks dat er sprake is van een overeenkomst van vóór 14 juli 2004, naar redelijkheid en billijkheid een verjaringstermijn te hanteren van twee jaar.⁵⁶

Juridisch gezien begeeft de commissie zich op glad ijs door een verjaringsregel met een beroep op redelijkheid en billijkheid terzijde te stellen, zonder overigens vast te stellen dat het beroep op de verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn.

Ik wijs er ten slotte nog op dat de aard van de termijnen uit de methode-Vink niet per se hetzelfde is als die van de verjaringstermijn. Verjaring dient ingeroepen te worden en betalingen gedaan in weerwil van verjaring zijn niet onverschuldigd maar als voldoening natuurlijke verbintenis te beschouwen. Hoewel mij daarover geen heel precieze uitspraken bekend zijn, wordt de methode-Vink al spoedig ambtshalve toegepast en acht de commissie het heel wel toegestaan dat reeds gedane betalingen in strijd met de methode-Vink teruggevorderd worden.

4.5. Wanbetaling en afsluiting

Wat betreft afsluiting van energie wegens wanbetaling zij gewezen op de *Regeling afsluiten elektriciteit en gas van kleinverbruikers 2006*.⁵⁷ Deze regeling bepaalt onder meer dat het beëindigen van de overeenkomst tot levering aan een kleinverbruiker en het opschorten van het transport (lees: het afsluiten) in de koude maanden oktober-april bij wanbetaling in beginsel niet is toegestaan indien kort gezegd de consument schuldbemiddeling of -sanering heeft aangevraagd, of afsluiting ernstige gezondheidsrisico's met zich zou brengen. Voordat het überhaupt tot afsluiten komt, moet de ondernemer ten minste eenmaal een schriftelijke herinnering versturen (art. 5 lid 1 Regeling), waarin de consument gewezen moet worden op de mogelijkheden van schuldhulpverlening en op de voorwaarden waaronder de consument afsluiting kan voorkomen. Op de netbeheerder en leverancier rust bovendien de plicht om in persoonlijk contact te treden met de kleinverbruiker teneinde deze te wijzen op mogelijkheden om betalingsachterstanden te voorkomen en te beëindigen (art. 6 Regeling).

52. Voor netbeheer zij verwezen naar art. 31 lid 10 Elektriciteitswet 1998 ('De voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, onderdeel f, bepalen dat een vordering tot betaling van een schuld van een afnemer ter zake van geleverde diensten als bedoeld in artikel 27, eerste lid, wordt gedaan binnen twee jaren nadat de vordering opeisbaar is geworden en dat bij gebreke daarvan de vordering vervalt. De eerste volzin is niet van toepassing indien het uitblijven van bedoelde vordering, een onjuiste vordering daaronder begrepen, het rechtstreekse gevolg is van een daartoe gerichte opzettelijke gedraging van de afnemer.'). Art. 12b lid 3 onder e Gaswet bepaalt hetzelfde voor gastransport.

53. Geschillencommissie ENE 19 juli 2006, ENE06-0750.

54. Vgl. *Asser-Hijma (Koop)*, nr. 63. Zie voor overgangsrechtelijke complicaties van de I&I-wet ten aanzien van zakelijke kleinverbruikers de conclusie A-G Wuisman (onder nr. 2.6) bij HR 21 september 2007, C06/115HR, LjN BA7627.

55. Geschillencommissie ENE 24 september 2007, ENE07-0595.

56. Geschillencommissie ENE 24 oktober 2008, ENE08-0488.

57. <www.energiekamer.nl/images/Wijn_regeling_integraal_tcm7-108298.pdf>.

5. Storingen, onderbrekingen en beschadigingen

5.1. Bewijskwesities

Bij schade van de consument is het wettelijke bewijsrechtelijke model kort gezegd als volgt: de consument moet stellen dat er een tekortkoming van de ondernemer is en dat die de schade heeft veroorzaakt. Als de ondernemer die stelling gemotiveerd betwist, moet de consument in beginsel de tekortkoming, de schade en het causaal verband bewijzen.⁵⁸ Het is dan aan de ondernemer om niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming aan te tonen. Dit wettelijke model zien we terug in art. 17 lid 1 AV Levering Elektriciteit (zie hierna). Wat betreft bewijslastverdeling bij schade zijn de volgende uitspraken van belang, waarbij steeds de concrete omstandigheden bepalend lijken te zijn. Vooral het bewijs van schade door een zogenaamde onaanvaardbare spanningspiek is niet eenvoudig.⁵⁹ Daaronder wordt verstaan een kortdurende piek op het stroomnet die kan optreden bij het opnieuw inschakelen van de stroomvoorziening na het uitvallen daarvan. Apparaten kunnen het begeven. De vraag is dan of de spanningspiek binnen aanvaardbare grenswaarden is gebleven (wie bewijst dat?) en of bewezen kan worden dat het kapot gaan van apparaten door de piek is veroorzaakt (wie bewijst dat?). Dat laatste bewijs is niet eenvoudig omdat doorbranden van bijvoorbeeld een gloeilamp bij het inschakelen van stroom ook door ouderdom te wegegebracht kan zijn.

In dossier D03-0242 gaat het om beschadiging van een computer door een beweerdelijk opgetreden spanningspiek.⁶⁰ Complicatie was dat de consument ter voorkoming van spanningspiek juist een snoerbeveiliging had aangeschaft, die *niet* defect was geraakt. Wie bewijst dan de spanningspiek en het causaal verband? De commissie overweegt dat in de omstandigheden van het geval de redelijkheid en de billijkheid kunnen meebrengen dat de ondernemer wordt opgedragen om aan te tonen dat er géén spanningspiek is opgetreden. Immers, een netbeheerder beschikt over de juiste expertise en meetapparatuur, de consument niet. Als de ondernemer om hem moverende redenen zoals economische motieven afziet van registratieapparatuur, is dit van belang voor het antwoord op de vraag bij wie de bewijslast rust, aldus de commissie. Naar analogie van jurisprudentie (HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615) waarbij van de arts verwacht wordt dat deze voldoende concrete inlichtingen aandraagt teneinde voor de patiënt aanknopingspunten voor bewijs te verschaffen, moet hier ook de ondernemer voldoende gegevens verschaffen. Omdat er geen metingen verricht zijn en de ondernemer geen onderzoek wil laten instellen naar de snoerbeveiliging is er dus geen bewijs tegen het vermoeden dat de computer defect is geraakt door de stroomstoring.⁶¹ De commissie komt daarom tot het oordeel dat in redelijkheid moet worden bepaald dat

100% van de schade van de consument dient te worden vergoed.

In dossier OPN-DO3-0523 werd door de consument gesteld dat zich een spanningspiek had voorgedaan. De ondernemer had geen meetapparatuur geplaatst. De bewijslast wordt ook hier omgedraaid, maar omdat de consument geen voorzorgsmaatregelen had getroffen krijgt hij slechts 50% van de schade vergoed.⁶²

Hiermee is niet gezegd dat het altijd de ondernemer is die bewijs moet aanleveren. In dossier ENE06-2550 stelt de consument dat op één dag de wasdroger, televisie en CV-pomp het begeven hebben. De reparateur wijt het doorbranden aan een spanningspiek. De ondernemer stelt echter dat zich geen stroomstoring heeft voorgedaan, dat onderzoek uitwees dat er in de betreffende periode geen ontoelaatbare piekspanningen zijn opgetreden en dat er geen gelijksoortige klachten van anderen zijn. De commissie wijst de klacht af.⁶³

In zaak ENE08-0305 blijkt dat van de vijf klanten die door de stroomonderbreking zijn getroffen, alleen de klagende consument schade heeft geleden door het wederom inschakelen van de stroom: zijn PC is doorgebrand. Omdat hij de enige van de vijf was met schade, zijn andere huishoudelijke apparatuur niet is doorgebrand en zijn PC tegen kleine spanningsfluctuaties (die kunnen ontstaan bij het wederom inschakelen van de elektriciteit) bestand moet zijn, concludeert de commissie dat de schade niet is veroorzaakt door tekortschieten van de ondernemer.⁶⁴

In zaak ENE07-0753 was de spanningspiek bij het heropstarten binnen de grenswaarden gebleven, maar toch lijdt de consument (als enige van 949 huishoudens) schade: de keramische kookplaat is defect geraakt. De commissie oordeelt:

‘Normaal gesproken zijn huishoudelijke apparaten tegen een dergelijke storing bestand. Zij behoren ook aldus ontworpen te zijn dat zij tegen een dergelijke normale spanningsfluctuatie bestand zijn. Nu de kookplaat van de consument er een was van een door hem als A-merk aangeduide fabrikant, neemt de commissie ook aan dat hij er tegen bestand was. Gelet daarop en gelet op het feit dat dit de enige schademelding uit het hele gebied was, komt de commissie tot de conclusie dat er geen causaal verband bestaat tussen de storing en de schade.’⁶⁵

5.2. Tekortkoming en toerekenbaarheid

Afgezien van het bewijs van de feiten, luistert sinds de splitsing van transport en levering het ook juridisch nauw welke ondernemer voor welke tekortkoming verantwoordig draagt. Wat bijvoorbeeld als de consument erachter komt dat hij door een gebrekkig functionerende meter (die in de regel tot de verantwoordelijkheid van de netbeheerder hoort) meer heeft betaald aan de leverancier dan

58. Zie bijv. Geschillencommissie ENE 10 februari 2006, ENE05-2882, waarbij de weigering van de consument om doorgebrande huisapparatuur aan de ondernemer ter inspectie te geven tot afwijzing van de klacht leidt.

59. Eerdere uitspraak daarover deed bijv. Geschillencommissie OPN 24 augustus 2000, *TvC* 2002-1, p. 39.

60. Geschillencommissie OPN 8 oktober 2003/23 april 2004, OPN-D03/0242, *TvC* 2005-4, p. 161.

61. Vgl. ook Geschillencommissie OPN 3 november 2003/7 juni 2004, *TvC* 2006/1, p. 14.

62. In dossier OPN03-038, *TvC* 2006-1, p. 14, komt de schade door spanningspiek geheel voor rekening van de ondernemer.

63. Geschillencommissie ENE 5 januari 2007, ENE06-2550.

64. Geschillencommissie ENE 8 september 2008, ENE08-0305.

65. Geschillencommissie ENE 20 juli 2007, ENE07-0753.

hij heeft afgenomen? Kan hij dan het te veel betaalde van de leverancier terugvorderen of moet hij het als schadevergoeding vorderen van de netbeheerder? In de praktijk stelt de juridische splitsing consumenten, ondernemers en de Geschillencommissie regelmatig voor problemen waar de commissie van geval tot geval een mouw aan probeert te passen.⁶⁶

Hier zij allereerst gewezen op het 'tot-de-voordeur'-principe: de netbeheerder is verantwoordelijk voor de aansluiting tot aan de hoofdzekering en in de regel ook voor de meetinrichting direct na de hoofdzekering. Gebreken in de installatie ná de meter behoren daarmee in beginsel tot de verantwoordelijkheid van de consument.⁶⁷

Wat betreft schade die ontstaat door gebrekkigheid van de elektrische installatie 'na de meter' ligt voor de hand dat de ondernemer daar geen verantwoordelijkheid voor draagt. Zo besliste de commissie dan ook in dossier ENE06-1680, waar de consument schadevergoeding eist vanwege een brand in de meterkast. De ondernemer stelt echter dat de brand ontstaan is na de meter en dus niet onder de verantwoordelijkheid van de ondernemer valt. Dat is ook wat de commissie vaststelt en dus kan de vordering niet worden toegewezen.

Overigens moet men het 'tot-de-voordeur'-principe niet te letterlijk nemen: schade toegebracht aan eigendommen van de consument voorbij de voordeur, ontstaan door fouten van personeel van de ondernemer, dienen te worden vergoed. Als de monteur van de netbeheerder bij het monteren van de nieuwe meter door de muur heen boort en daarmee een wandtegel van het aangrenzende toilet beschadigt, is de ondernemer daarvoor aansprakelijk.⁶⁸

In de tweede plaats is er de vraag waar *leveranciers* nu precies verantwoordelijk voor zijn. De energie die zij leveren, moet conform zijn (art. 7:17 BW), maar als er door een storing *niet geleverd wordt*, is dat dan een tekortkoming van de leverancier? Begrijpelijk is dat aangesproken leveranciers erop wijzen dat de onderliggende oorzaak bij stroomuitval en spanningspiek veelal aan derden is toe te rekenen.⁶⁹ Stroomuitval en spanningspiek (dat woord heeft verschillende betekenissen, maar hier wordt bedoeld op een korte fluctuatie in de elektriciteitswaarden die tot het doorbranden van apparaten kan leiden) zijn immers in veel gevallen toe te schrijven aan het falen van hulpzaken van de netbeheerder of van buiten komende oorzaken zoals het stuktrekken van kabels door grondroerders en de incidentele Apache helikopter. Vaak ook komt de oorzaak helemaal niet vast te staan. Waar het betreft oorzaken die in de risicosfeer van de netbeheerder gelegen zijn, zal de leverancier erop wijzen dat de consument niet hem maar de netbeheerder dient aan te spreken. Overigens kan wel de vraag worden gesteld of de netbeheerder *hulppersoon* van de leverancier is die deze bij het

uitvoeren van zijn verbintenis tegenover de consument gebruikt. In dat geval zou namelijk op grond van art. 6:76 BW de aansprakelijkheid van de leverancier mogelijk wel aan te nemen zijn (als aan de betreffende vereisten is voldaan). Rechtspraak hierover is mij niet bekend.

Wel is er een uitspraak van de Geschillencommissie over art. 6:77 BW (hulpzaken die bij de nakoming van de verbintenis worden gebruikt). Voor toerekenbaarheid van tekortkomingen van de netbeheerder is dat artikel uiteraard van belang. In dossier OPN04-1373 betrof het de beschadiging van huishoudelijke apparatuur door spanningspiek in de stroomvoorziening. Deze spanningspiek is veroorzaakt door beschadiging van de ondergrondse stroomkabel tijdens graafwerkzaamheden aan het riool uitgevoerd in opdracht van de gemeente. De storing trad echter niet onmiddellijk tijdens de beschadiging op, het duurde ruim een jaar voor het gebrek aan het licht kwam. Kan de ondernemer dan aansprakelijk worden gehouden voor het gebrek in zijn ondergrondse kabelnetwerk? Dat er een tekortkoming is, is evident. De vraag is dus of deze tekortkoming voor rekening van de ondernemer dient te komen omdat de oorzaak van de tekortkoming aan zijn schuld te wijten is of krachtens wet of verkeersopvatting voor zijn rekening komt (art. 6:75 BW). Op grond van art. 6:77 BW wordt de verantwoordelijkheid voor ongeschiktheid van gebruikte hulpzaken bij de ondernemer neergelegd. Ook incidenteel falen van hulpzaken valt onder art. 6:77 BW. De risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW is van overeenkomstige toepassing.⁷⁰ Er is echter wel sprake van limitering op grond van de algemene voorwaarden (zie hierna). De schade wordt vergoed tot maximaal € 1400.

5.3. Uitsluiting en beperking van aansprakelijkheid

Heikel punt in de algemene leveringsvoorwaarden is de uitsluiting en/of beperking (ook wel: exoneratie en limitering) van aansprakelijkheid voor schade door storingen.⁷¹ Vanuit de leverancier c.q. netbeheerder bekeken, is begrijpelijk dat men de omvang van de vergoedingsplicht overzichtelijk wil houden, maar feit is dat dit op gespannen voet staat met art. 7:5 jo. 7:6 jo. 7:24 jo. 6:74 BW wat betreft consumentenkoop van energie en met art. 6:233 jo. 6:237 aanhef en onder f jo. art. 6:74 BW wat betreft overeenkomsten van consumenten met de energienetbeheerder, de warmteleverancier en de waterleverancier.

De huidige voorwaarden zijn een vervolg op het arrest van de Hoge Raad uit 1997 waarin hij het oordeel van het Gerechtshof Den Haag bekrachtigde dat de destijds in AV opgenomen algehele exoneratie voor toerekenbare onderbrekingen onredelijk bezwarend was.⁷² Vervolgens is onderhandeld over nieuwe AV. In de AV die daaruit

66. Bijv. Geschillencommissie ENE 24 februari 2009, ENE08-2120.

67. Een eerdere uitspraak daarover deed bijv. Geschillencommissie OPN 8 december 2000, *TvC* 2002-1, p. 45.

68. Aldus Geschillencommissie ENE 22 juni 2007, ENE07-0032.

69. Genuanceerd over dit probleem Knops, *t.a.p.*, p. 514 e.v.

70. Vgl. ook de redenering in een regresgeskil tussen netbeheerder en een aannemer voor schade door olie lekkage uit een ondergrondse elektriciteitsleiding in Hof Den Haag 30 juni 2009, *LJN* BJ4217 (*Ballast Nedam/Nuon*).

71. Van de oudere uitspraken over exoneraties noem ik: Geschillencommissie OPN 14 december 1994, *TvC* 1996-2, p. 139, Geschillencommissie OPN 5 januari 1996, *TvC* 1996-2, p. 141, en verschillende uitspraken van Geschillencommissie OPN in *TvC* 1998-4.

72. HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1 (*Consumentenbond/EnergieNed en VEWIN*). Volledigheidshalve wijs ik erop dat het hof toetsing van bepaalde voorwaarden niet mogelijk achtte omdat de Consumentenbond niet concreet genoeg zou hebben aangegeven in welke zin onderbreking van levering schade zou kunnen veroorzaken, maar de Hoge Raad vernietigde dit oordeel kort gezegd omdat art. 6:240 BW ook abstracte toetsing bij wijze van preventieve maatregel mogelijk acht. Ik wijs er ook nog op dat exoneratie tegenover zakelijke afnemers

voortkwamen, werd een contractuele beperking van aansprakelijkheid aangebracht, bestaande uit een uitsluiting van bagatelschades onder € 55, een globale limitering per gebeurtenis van € 1 250 000/€ 910 000, en een limitering per aansluiting/contractant van € 1400 voor wat betreft netbeheerders en waterbedrijven.

De Consumentenbond heeft afstand genomen van het nieuwe art. 17 van de AV Levering Elektriciteit. Dit artikel luidt:

‘1. Indien de contractant door een aan de leverancier toe te rekenen tekortkoming in de nakoming van de leveringsovereenkomst schade lijdt, is de leverancier met inachtneming van het bepaalde in de volgende leden aansprakelijk voor de schade die hiervan een direct en rechtstreeks gevolg is.

2. Voor alle schade geldt een drempelbedrag van € 55,- (vijfenvijftig euro) voor de contractant, met dien verstande dat bij overschrijding het drempelbedrag mede wordt vergoed.

3. Behoudens ingeval de schade ontstaat als gevolg van opzet of grove schuld van de leverancier of diens leidinggevende werknemers zijn in alle gevallen van vergoeding uitgesloten schade aan zaken die door de contractant worden gebruikt voor de uitoefening van een bedrijf of een beroep, schade als gevolg van bedrijfsstilstand, als gevolg van het niet kunnen uitoefenen van een beroep of als gevolg van winstderving.

4. Indien en voor zover de leverancier jegens de contractant in het kader van deze algemene voorwaarden tot schadevergoeding verplicht is, komt schade slechts voor vergoeding in aanmerking tot een bedrag van ten hoogste € 1.250.000,- (éénmiljoentweehonderdvijftigduizend euro) per gebeurtenis voor alle contractanten tezamen. Indien het totaal der schaden aan personen en/of zaken meer bedraagt dan € 1.250.000,- zullen de aanspraken van de contractanten naar evenredigheid worden voldaan.

Indien de contractant elektrische energie niet uitsluitend voor huishoudelijke doeleinden van de leverancier afneemt, is de vergoeding van schade, niet zijnde personenschade, ongeacht de omvang van het totaal der schade, bovendien beperkt tot ten hoogste € 1.400,- (éénuizendvierhonderd euro) per contractant.

5. Schade dient zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen twee maanden na het ontstaan aan de leverancier te zijn gemeld, tenzij de contractant aannemelijk maakt dat hij de schade niet eerder heeft kunnen melden.

6. De aansprakelijkheidsregeling in de vorige leden van dit artikel geldt mede ten aanzien van derden die de leverancier ten behoeve van de uitvoering van de leveringsovereenkomst inschakelt, alsmede ten aanzien van personen voor wie de leverancier of een dergelijke derde aansprakelijk is.’

In art. 17 AV Transport Elektriciteit – waar de Consumentenbond geen voorbehoud bij heeft gemaakt – luidt de aansprakelijkheidsregeling:

‘1. a. De netbeheerder is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, jegens de contractant aansprakelijk voor schade als gevolg van onderbreking van het transport van elektrische energie echter uitsluitend indien en voor zover:

– de onderbreking het gevolg is van een aan de netbeheerder toerekenbare tekortkoming en

– het personenschade betreft als gevolg van lichamelijke letsel of overlijden en/of zaakschade bestaande uit vernietiging, beschadiging of verlies van zaken die gewoonlijk voor ge- of verbruik in de privé-sfeer zijn bestemd en ook in de privé-sfeer zijn ge- of verbruikt.

b. Voor zaakschade geldt een drempelbedrag van € 55,- (vijfenvijftig euro) voor de contractant, met dien verstande dat bij overschrijding het drempelbedrag mede wordt vergoed. Voor personenschade als gevolg van lichamelijke letsel of overlijden geldt geen drempelbedrag.

2. De netbeheerder is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, voorts aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van een gebrekkige aansluiting of een gebrekkig transport dan wel van een onjuist handelen of nalaten in verband met aansluiting en/of transport – niet zijnde een onderbreking van het transport –, doch niet indien de schade het gevolg is van een tekortkoming die de netbeheerder niet kan worden toegerekend.

3. Behoudens ingeval de schade ontstaat als gevolg van opzet of grove schuld van de netbeheerder of diens leidinggevende werknemers, zijn in alle gevallen van vergoeding uitgesloten schade aan zaken die door de contractant worden gebruikt voor de uitoefening van een bedrijf of een beroep, schade als gevolg van bedrijfsstilstand, als gevolg van het niet kunnen uitoefenen van een beroep of als gevolg van winstderving.

4. Indien en voor zover de netbeheerder jegens de contractant in het kader van deze algemene voorwaarden tot schadevergoeding verplicht is, komt schade aan personen en/of zaken slechts voor vergoeding in aanmerking tot een bedrag van ten hoogste € 910.000,- (negenhonderdtienduizend euro) per gebeurtenis voor alle contractanten tezamen, met dien verstande dat de vergoeding van schade aan zaken, ongeacht de omvang van het totaal der schade, is beperkt tot ten hoogste € 1.400,- (éénuizendvierhonderd euro) per contractant. Indien het totaal der schaden aan personen en/of zaken meer bedraagt dan € 910.000,-, is de netbeheerder niet gehouden meer schadevergoeding te betalen dan dit bedrag, waarbij met inachtneming van het eerder in dit lid genoemde maximum voor schade aan zaken van € 1.400,- de aanspraken van de contractanten naar evenredigheid zullen worden voldaan.

5. Schade dient zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen vier weken na het ontstaan aan de netbeheerder te zijn gemeld, tenzij de contractant aannemelijk maakt dat hij de schade niet eerder heeft kunnen melden.

6. De aansprakelijkheidsregeling in de vorige leden van dit artikel geldt mede ten aanzien van de neteigenaar en ieder ander elektriciteitsbedrijf waarmee de netbeheerder

anders wordt beoordeeld. Zo verwerpt HR 21 september 2007, C06/115HR, L/JN BA7627, met een beroep op art. 81 Wet RO, het cassatieberoep tegen het arrest van het Hof Den Bosch. Dit arrest hield in dat het beroep op de exonatie van bedrijfsschade van kleinverbruikers in art. 21 AV kleinverbruikers van PNEM uit 1991 in het gegeven geval niet onredelijk bezwarend was in de zin van art. 6:233 onder a BW.

ten behoeve van de elektriciteitsvoorziening samenwerkt, alsmede ten aanzien van personen voor wie de netbeheerder of het andere elektriciteitsbedrijf aansprakelijk is. Onder 'ander elektriciteitsbedrijf' worden in ieder geval begrepen andere netbeheerders, eigenaren van netten die conform artikel 15 van de Elektriciteitswet 1998 geen netbeheerder hebben aangewezen en elektriciteitsproducenten.

7. De contractant is aansprakelijk voor alle schade aan enige door de netbeheerder ten behoeve van de aansluiting en/of het transport in, aan, op, onder of boven het perceel aangebrachte voorziening, tenzij de schade het gevolg is van een tekortkoming die de contractant niet kan worden toegerekend. Indien de contractant schade moet vergoeden, is deze beperkt tot een bedrag van ten hoogste of € 1.130,- (ééduizendhonderddertig euro) per contractant en per gebeurtenis.'

In art. 20 AV Drinkwater 1994/1998 luidt de aansprakelijkheidsregeling:

'1. a) Het bedrijf is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, jegens de aanvrager of verbruiker aansprakelijk voor schade als gevolg van onderbreking van de levering van drinkwater, echter uitsluitend indien en voor zover:

– de onderbreking het gevolg is van een aan het bedrijf toerekenbare tekortkoming;

– het personenschade betreft als gevolg van lichamelijk letsel of overlijden en/of zaakschade bestaande uit vernietiging, beschadiging of verlies van zaken die gewoonlijk voor ge- of verbruik in de privé-sfeer zijn bestemd en ook in de privé-sfeer zijn ge- of verbruikt.

b) Voor zaakschade geldt een drempelbedrag van € 55 (vijfenvijftig) voor de aanvrager of verbruiker, met dien verstande dat bij overschrijding het drempelbedrag mede wordt vergoed. Voor personenschade als gevolg van lichamelijk letsel of overlijden geldt geen drempelbedrag.

2. Het bedrijf is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, voorts aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van een gebrekkige aansluiting of levering dan wel van een onjuist handelen of nalaten in verband met een aansluiting of een levering – niet zijnde een onderbreking van de levering – doch niet, indien de schade het gevolg is van een tekortkoming die het bedrijf niet kan worden toegerekend.

3. Van vergoeding zijn in alle gevallen uitgesloten schade aan zaken die door de aanvrager of de verbruiker worden gebruikt voor de uitoefening van een bedrijf of een beroep en schade als gevolg van bedrijfsstilstand, als gevolg van het niet kunnen uitoefenen van een beroep of als gevolg van winstderving.

4. Indien en voor zover het bedrijf jegens de aanvrager of de verbruiker in het kader van deze algemene voorwaarden tot schadevergoeding verplicht is, komt schade aan personen en/of zaken slechts voor vergoeding in aanmerking tot een bedrag van ten hoogste € 910.000,- (negenhonderdtienduizend) per gebeurtenis voor alle aanvragers

en verbruikers tezamen, met dien verstande dat de vergoeding van schade aan zaken, ongeacht de omvang van het totaal der schade, is beperkt tot ten hoogste € 1.400,- (veertienhonderd) per aanvrager of verbruiker. Indien het totaal der schaden aan personen en/of zaken meer bedraagt dan € 910.000,-, is het bedrijf niet gehouden meer schadevergoeding te betalen dan dit bedrag, waarbij met inachtneming van het eerder in dit lid genoemde maximum voor schade aan zaken van € 1.400,- de aanspraken van de aanvragers en de verbruikers naar evenredigheid zullen worden voldaan.

5. Schade dient zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen vier weken na het ontstaan aan het bedrijf te zijn gemeld, tenzij de aanvrager of de verbruiker aannemelijk maakt dat hij de schade niet eerder heeft kunnen melden.

6. De aansprakelijkheidsregeling van de vorige leden van dit artikel geldt mede ten aanzien van elk ander waterleidingbedrijf waarmee het bedrijf ten behoeve van de openbare drinkwatervoorziening samenwerkt, alsmede ten aanzien van personen voor wie het bedrijf of dat andere waterleidingbedrijf aansprakelijk is.

7. De aanvrager of de verbruiker is aansprakelijk voor alle schade aan enige door het bedrijf ten behoeve van de levering in, aan, op, onder of boven het perceel aangebrachte voorziening, tenzij de schade het gevolg is van een tekortkoming die de aanvrager of de verbruiker niet kan worden toegerekend. Indien de aanvrager of de verbruiker schade moet vergoeden, is deze beperkt tot een bedrag van ten hoogste € 1.130,- (elfhonderddertig) per aanvrager of verbruiker en per gebeurtenis.'

Na inwerkingtreding van de I&I-wet 2004 geldt waarschijnlijk dat het recht op schadevergoeding in geval van toerekenbare tekortkomingen van de *leverancier* van energie dwingendrechtelijk van aard is (art. 7:6 e.v. BW). Voor zover art. 17 AV Levering Elektriciteit dat recht beperkt, is dat artikel vernietigbaar.⁷³ Wat betreft de AV Transport Elektriciteit en de AV Drinkwater geldt dat beperking van aansprakelijkheid getoetst kan worden aan art. 6:233 jo. 6:237 aanhef en onder f BW. Hoe valt deze toetsing uit?

Uit een uitspraak van de Geschillencommissie uit 2005 (dossier OPN04-1380) volgt dat de Geschillencommissie de algemene voorwaarden volgt. De Geschillencommissie verwijst in die uitspraak naar het SER-overleg voor eventuele aanpassingen van de voorwaarden.⁷⁴ In deze zaak was sprake van een fout van een monteur van de ondernemer.⁷⁵ Door die fout ontstaat overspanning en lijdt de consument ruim € 2000 aan schade. De ondernemer wil niet meer dan € 1400 uitkeren (zie art. 17 hierboven weergegeven). De commissie overweegt dat de algemene voorwaarden zijn ontstaan in overleg met een consumentenorganisatie in het kader van de Coördinatie Zelfreguleringsoverleg van de SER. Daarom zijn de exoneraties niet apert onredelijk. De feiten dat het prijspeil toch behoorlijk is gestegen, er meer elektrische apparaten in huis staan en dat de consumentenorganisaties weer aan het onderhandelen zijn over nieuwe algemene voorwaar-

73. Vgl. daarover M.B.M. Loos, 'Verboden exoneraties in energieleveringsovereenkomsten en vernietiging van met de wet strijdige bindende adviezen', *TvC* 2006, p. 3 e.v.

74. Zie Geschillencommissie OPN 14 maart 2005, OPN04-1380, *TvC* 2006-1, p. 15.

75. Geschillencommissie OPN 14 maart 2005, OPN04-1380, *TvC* 2006-1, p. 15.

den doen aan de redelijkheid niet af. Verder kunnen dit soort schades slecht verzekerd worden door de ondernemer, terwijl dit wel mogelijk is voor de consument. Daarom wordt de algemene voorwaarde niet vernietigd en is de ondernemer maar aansprakelijk voor € 1400.

Twee uitspraken van de commissie uit 2007 en 2008 laten een andere uitkomst zien. Beide zaken zijn door de netbeheerder met succes ter vernietiging aan de civiele rechter voorgelegd. In de eerste zaak (ENE07-0140) betrof het schade aan zaken van een consument als gevolg van een onjuist gemonteerde nuldraad. De netbeheerder Continuon (inmiddels *Liander*; toen vertegenwoordigd door Nuon CCC) bood € 1400 aan, terwijl de Geschillencommissie oordeelde:

‘(...) Naar het oordeel van de commissie is, gelet op het bepaalde in artikel 6:233 jo. 6:236 onder f. Burgerlijk Wetboek, de uit 1994 daterende beperking van de schadevergoedingsplicht tot een bedrag van € 1.400,-, in het huidige tijdsgewricht niet langer als een redelijke beperking van de schadelast van de ondernemer aan te merken in gevallen als de onderhavige waarin sprake is van een aan de ondernemer toerekenbare tekortkoming.

Het is immers een bekend feit dat de huidige apparatuur in de woningen en wel in het bijzonder in nieuwbouwwoningen waarvan in deze zaak ook sprake is, die als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van de ondernemer onherstelbaar kan worden beschadigd, qua waarde een veelvoud bedraagt van het bedrag dat krachtens de algemene voorwaarden voor vergoeding vatbaar is. (...) De commissie is van oordeel dat in redelijkheid niet van een consument kan worden verwacht dat hij een dergelijke schade voor eigen rekening dient te nemen. Gelet op de hierboven geschetste feiten en omstandigheden is de commissie onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 6:233 onder a. Burgerlijk Wetboek van oordeel dat de onderhavige schadebeperking als een onredelijk bezwarend beding moet worden aangemerkt en is zij van mening dat de door de consument geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt (...).⁷⁶

De netbeheerder vordert ten overstaan van Rechtbank Alkmaar (sector kanton) de vernietiging van dit bindend advies, met als argumentatie dat de commissie ongemotiveerd voorbijgegaan is aan het reglement van de SGC, aan eerdere uitspraken en aan de stellingen van de netbeheerder ter zake van de wijze van totstandkoming van de algemene voorwaarden. De kantonrechter is met de netbeheerder van oordeel dat de commissie haar oordeel gebrekkig heeft gemotiveerd⁷⁷:

‘De commissie heeft (...) de door Nuon CCC aangevoerde omstandigheid dat het exoneratiebeding en de hoogte van het maximumbedrag in 2006 in het Algemene Voorwaardenoverleg uitgebreid aan de orde zijn gekomen en door betrokken partijen zijn geaccordeerd in haar verdere overweging volstrekt (ongemotiveerd) buiten beschouwing gelaten. De kantonrechter is van oordeel dat de commissie deze (onweersproken) stelling van Nuon CCC

expliciet in haar overwegingen had moeten betrekken. Reeds hierom is de kantonrechter van oordeel dat de motivering van het bindend advies dusdanig tekortschiet, dat Nuon CCC naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aan het bindend advies kan worden gehouden.’

Vervolgens komt de kantonrechter zelf tot toetsing van de AV aan art. 6:237 aanhef en onder f BW:

‘Artikel 6:237 aanhef en onder f van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een beding in de algemene voorwaarden wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn indien dat beding “de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding.” Nuon CCC heeft het volgende – zakelijk samengevat – naar voren gebracht om dit wettelijke vermoeden te weerleggen. Nuon CCC benadrukt dat bij de totstandkoming van haar algemene voorwaardende wederzijdse betrokken belangen tegen elkaar zijn afgewogen, dat de exoneratie enook de hoogte van het maximumbedrag in 2006 in het Algemene Voorwaardenoverleg expliciet aan de orde zijn gekomen endoor de betrokken partijen zijn geaccordeerd. Voorts stelt Nuon CCC dat een netbeheerder als Continuon wettelijk verplicht is tegen vastgestelde engereguleerde tarieven afnemers van elektriciteit aan te sluiten op het elektriciteitsnet envoor transport van elektriciteit zorg te dragen. Deze gereguleerde tarieven laten geen ruimte voor het aanvaarden van volledige aansprakelijkheid door de netbeheerder voor schade van afnemers als gevolg van schade aan het netwerk. Een onbeperkte aansprakelijkheid zou voor ondernemers onverzekerbaar zijn. De kantonrechter is van oordeel dat X deze stellingen van Nuon CCC niet althans onvoldoende heeft weerlegd. Nuon CCC is aldus geslaagd in het weerleggen van het wettelijk vermoeden dat het door haar gebruikte exoneratiebeding onredelijk bezwarend is in de gegeven omstandigheden. Dat X geen verwijt treft in het ontstaan van de schade, dat X heeft voldaan aan zijn schadebeperkingsplicht endat de elektrische apparaten zo goed als nieuw waren doen aan dit oordeel niet af. Voorts is niet gebleken dat sprake is geweest van opzet of grove schuld aan de zijde van Nuon CCC.’

In de tweede zaak (20492ESGC) betrof het schade aan apparatuur ten gevolge van een doorgebrante nulverbinding in de leiding onder in de aansluitkast. Deze nulverbinding bevindt zich vóór de elektriciteitsmeter en dus in het deel waarvoor netbeheerder Liander verantwoordelijk was. De oorzaak van de stroomstoring kon niet worden achterhaald. De schade die de consument als gevolg hiervan stelde te hebben geleden was ruim € 3000 en werd niet door de inboedelverzekering gedekt. Netbeheerder Liander vergoedt conform art. 17.4 AV Transport € 1400 en weigert vergoeding van het meerdere. Vervolgens wendt de consument zich tot de Geschillencommissie. Die komt tot de conclusie dat de ondernemer niet heeft aangetoond dat er een overeenkomst bestaat en dat de AV daarvan deel uitmaken, om vervolgens te beslissen

76. Geschillencommissie ENE 14 maart 2007, ENE07-0140.

77. Rb. Alkmaar (sector kanton) 5 november 2008, *LJN* BG5040.

dat er dus ook geen contractuele limitering van toepassing is.⁷⁸ De conclusie die de commissie daaraan verbindt, namelijk dat de vordering van de consument kan worden toegewezen, wordt vervolgens door de netbeheerder in een civiele vernietigingsprocedure aangevochten.

De Rechtbank Den Haag vernietigt op 5 augustus 2009 het bindend advies op grond van art. 7:904 BW, en komt zelf tot het oordeel dat er wel degelijk een overeenkomst tussen partijen bestaat en de AV daarop van toepassing zijn.⁷⁹ Bovendien oordeelt de rechtbank dat het beroep op die AV de toets der kritiek kan doorstaan (vermoedelijk niet in de laatste plaats omdat de consument kennelijk slechts één argument opwerpt, dat bovendien onjuist blijkt te zijn):

‘11. Ingevolge artikel 6:237, aanhef en onder f, BW wordt een exoneratiebeding in de algemene voorwaarden bij een overeenkomst met een consument, zoals X, vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

12. Ter onderbouwing van haar weerlegging van dit wettelijke vermoeden heeft Liander het volgende aangevoerd. De Algemene Voorwaarden worden door alle netbeheerders in Nederland gehanteerd om ongelijkheid per regio te voorkomen. Het exoneratiebeding is een belangrijk onderdeel van deze sectorbrede Algemene Voorwaarden. Deze Algemene Voorwaarden zijn tot stand gekomen na overleg tussen EnergieNed en de Consumentenbond. De Directie Toezicht Energie heeft met de Algemene Voorwaarden ingestemd. De door de netbeheerder te hanteren maximumtarieven worden vastgesteld door de Nederlandse Mededingingsautoriteit. De omzet van de netbeheerder is een rechtstreekse afgeleide van die tarieven. De mogelijke omvang van de schade van de afnemers staat niet in verhouding tot het door de netbeheerder in rekening gebrachte tarief. De aansprakelijkheid is zonder beperking niet verzekeraar voor de netbeheerder. Alleen met behoud van een beperking van de aansprakelijkheid kunnen lage tarieven worden gehandhaafd. De afnemer kan op eenvoudige en relatief goedkope wijze maatregelen treffen tegen het risico van stroomonderbrekingen, bijvoorbeeld door dit risico te verzekeren. De netbeheerder mag op grond van de Energiewet geen enkel onderscheid maken tussen de afnemers en mag zijn diensten dus niet op gunstiger of ongunstiger voorwaarden aanbieden. Volgens vaste rechtspraak, ook van de Geschillencommissie, is het exoneratiebeding niet onredelijk bezwarend.

13. Volgens X is het exoneratiebeding geschreven voor grote schades bij veel afnemers en niet voor de onderhavige schade van € 3.787,37 bij één afnemer. Naar het oordeel van de kantonrechter blijkt uit de tekst van het beding juist het tegenovergestelde, namelijk dat de ver-

goeding, ongeacht de omvang van de totale schade, per consument is beperkt tot € 1.400,00. Dat wordt nog ondersteund door de niet weersproken stelling dat Liander geen onderscheid mag maken tussen haar afnemers. Het exoneratiebeding geldt dus voor elke schade van elke afnemer, óók voor de schade van X.

14. X heeft ook de overige stellingen van Liander niet betwist. De kantonrechter is van oordeel dat uit deze stellingen volgt dat het beding in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend is. Dat de verzekering van X kennelijk geen dekking geeft tegen dit risico, doet daar niet aan af. Liander is dus geslaagd in de weerlegging van het wettelijk vermoeden van artikel 6:237 aanhef en onder f, BW.’

5.4. Forfaitaire vergoeding bij onderbreking van de levering door storingen

Op grond van de *Netcode Elektriciteit* (hoofdstuk 6.3) en *Code Aansluit- en transportvoorwaarden Gas – RNB* (hoofdstuk 7.2) is een forfaitaire compensatieregeling in het leven geroepen.⁸⁰ Consumenten hebben op grond van deze regelingen recht op vaste bedragen voor onderbreking van het transport van energie als gevolg van een storing, een en ander afhankelijk van de aansluiting en de duur van de storing. De compensatieregeling is van toepassing op storingen, maar niet op een voorziene en aangekondigde onderbreking, aldus Rechtbank Arnhem.⁸¹ Het compensatiebedrag uit de forfaitaire compensatieregeling is niet gerelateerd aan de ernst van de gevolgen van de storing, maar dient als een prikkel voor de netbeheerder om de kwaliteit van de transportdienst te handhaven.⁸² Eventuele privaatrechtelijke aansprakelijkheid valt buiten de context van de regeling, maar aangenomen mag worden (lijkt mij) dat betalingen onder deze regeling eventueel als voordeel (ex art. 6:100 BW) verrekend kunnen worden.

6. Fraude: zegelverbreking, ‘knoeien met de meter’ en energiediefstal

6.1. Bestrijding en bewijs van fraude

Energiebedrijven staan terecht een harde aanpak voor van fraude, zoals het afnemen van energie ‘buiten de meter om’ bij een hennepkwekerij. In de AV is een algemene zorgplicht van de consument opgenomen (zie bijv. art. 4 AV Transport Elektriciteit) om niet de verzegeling van de meter te verbreken en de juiste registratie te frustreren.⁸³ Toerekenbaar tekortschieten van de consument leidt tot beboeting of verhaal van werkelijke kosten van herstel en afsluitingsbevoegdheid.

Bewijs van fraude, zoals het afnemen van energie ‘buiten de meter om’ is niet altijd eenvoudig. Wordt een hennep-

78. Geschillencommissie ENE 24 november 2008, 20492ESGC.

79. Rb. Den Haag (sector kanton) 5 augustus 2009, L/JN BJ5496.

80. Zie voor deze regelgeving <www.energiekamer.nl/nederlands/elektriciteit/regelgeving/secundaire_regelgeving/codes/technische_codes/index.asp> resp. <www.energiekamer.nl/nederlands/gas/regelgeving/secundaire_regelgeving/Codes/Technische_Codes_Gas.asp>. Overigens is de compensatieregeling in 2007 aangepast (besluit nummer 102344-11 van de NMa van 21 februari 2007 (*Stcrt.* 2007, 38 p. 14; regeling te raadplegen op: <www.energiekamer.nl/images/besluit%20102344-11_tcm7-99813.pdf>).

81. Rb. Arnhem 8 oktober 2008, L/JN BG1607.

82. De schade die de netbeheerder lijdt doordat een derde de onderbreking veroorzaakt en de netbeheerder vervolgens de forfaitaire vergoeding verschuldigd wordt, kan niet zonder meer op de veroorzaker worden verhaald. Zie uitgebreid gemotiveerd Rb. Arnhem 10 oktober 2007, L/JN BB8360.

83. Ook zonder toepasselijkheid van AV rust op de afnemer de plicht om de meter zijn werk te laten doen, aldus Rb. Rotterdam 15 juli 2009, L/JN BJ3700, r.o. 5.5.

kwekerij aangetroffen, waarvoor de consument strafrechtelijk wordt veroordeeld en staat vast dat met de meter is geknoeid, dan is dat bewijs wel geleverd en zal de Geschillencommissie zoals in zaak ENE07-0204 beslissen dat de onderzoekskosten, herstel- en af- en aansluitkosten voor rekening van de consument zijn. Voor navordering wegens 'stroomdiefstal' is overigens meer nodig, namelijk dat aannemelijk is dat er 'buiten de meter om' is getapt.⁸⁴ Als de verzegeling is verbroken en het vermoeden van tappen 'buiten de meter om' is gerezen, neemt de netbeheerder de aansluiting weg en worden allerlei kosten in rekening gebracht.⁸⁵ Het probleem is dat het tekortschieten van de consument zowel opzettelijk als onopzettelijk kan zijn (en het kan zelfs door derden zijn veroorzaakt). Daarom kunnen de ingrepen die netbeheerders gerechtigd zijn te doen, zeer ingrijpend zijn voor de consument te goeder trouw. Als het interventieteam binnengekomen is en de aansluiting is weggenomen, wordt die vaak pas na betaling van de factuur voor navordering en kosten van 'fraude' weer geïnstalleerd. Voor de consument van wie niet kan worden bewezen dat hij opzettelijk gefraudeerd heeft, kan dat hard aankomen. De Geschillencommissie lijkt in dat verband veel aandacht te besteden aan de mate van zorgvuldigheid van de ondernemer; een ondernemer die met een 'slecht verhaal' op zitting komt, krijgt het zwaar.⁸⁶ De zorgvuldigheid die geëist wordt door de commissie, is hoog, maar 'niet zo hoog als in bijvoorbeeld een strafzaak of een reguliere civiele procedure'.⁸⁷

Zo constateerde de meteropnemer in zaak 17847ESGC dat het glas van de gasmeter kapot was. Twee uur later stond het fraudeteam voor de deur, werd de meter meegenomen en het gas afgesloten. De houding en correspondentie van de ondernemer gingen geheel uit van fraude, maar fraude bleek niet. Toch bracht de ondernemer een navordering voor geschat (gemiddeld gezinsverbruik) in rekening. Pas na betaling daarvan zou de meter weer teruggezet worden. De consument betaalt en krijgt per saldo na twee weken weer gas. De consument dient na betaling de klacht in, waarbij hij gemotiveerd stelt dat zijn verbruik zowel voor als na de inval lager dan gemiddeld was. Ter zitting blijken de berekeningen van de ondernemer niet te kloppen. De commissie bepaalt dan dat al hetgeen in rekening is gebracht moet worden terugbetaald aan de consument, omdat de ondernemer heeft gehandeld als ware hier sprake van een 'echt' fraudegeval, hetgeen niet is gebleken.⁸⁸

In zaak ENE07-1737 werd op vermoeden van fraude binnengetrepen, waarna de meter wegens het ontbreken van de verzegeling direct werd verwijderd. In correspondentie werd gesuggereerd dat van fraude sprake was. De onderliggende rapportage kon de ondernemer echter niet overleggen. De commissie oordeelt:

'Zeker waar het hier gaat om het binnentreden van de woning van de consument tegen haar wil acht de commis-

sie zulks niet toelaatbaar. Zulks temeer, nu de rechtmatigheid van de binnentreding, de zorgvuldigheid waarmee dat heeft plaatsgevonden en de bevindingen en conclusies die de ondernemer daaraan verbindt en de gegrondheid van de daartegen door de consument aangevoerde bezwaren voor de commissie niet toetsbaar zijn. De commissie kan dan ook niet anders dan concluderen dat de stellingen en standpunten van de ondernemer, alsmede de opgemaakte fraudenota, niet berusten op een toereikende feitelijke en juridische grondslag. Dat betekent dat de commissie ervan uit moet gaan dat de binnentreding, de verwijdering van de elektriciteitsmeter en afsluiting van het gas, onrechtmatig zijn geweest en dat ook de opgelegde fraudenota ten onrechte is uitgebracht. Het bedrag van de fraudenota dient dan ook aan de consument te worden terugbetaald. Ook de gevorderde schade komt voor vergoeding in aanmerking. Dat de consument en haar echtgenoot in verband met de afsluiting van gas en elektriciteit vijf dagen in een hotel hebben verbleven acht de commissie begrijpelijk en de gemaakte kosten redelijk. De consument en haar echtgenoot zijn al ouder en het is begrijpelijk dat zij niet het risico hebben willen lopen te verblijven in een huis zonder elektriciteit en gas. Ook de overige gevorderde kosten acht de commissie redelijk en komen voor vergoeding in aanmerking.'

In zaak ENE07-0204 was sprake van een inval bij de consument en diens veroordeling wegens het houden van een hennepkwekerij. De ondernemer constateert verbroken verzegeling en beschadiging aan de binnenzijde van de elektriciteitsmeter. Op grond hiervan stelt de ondernemer dat energie buiten de meter om is afgenomen en heft hij na. De consument betwist dit en wijst erop dat hij vrijgesproken is van energiediefstal. De Geschillencommissie acht het bewijs voor afname 'buiten de meter om' niet overtuigend, gezien de flinke reguliere energierekening die wel in rekening gebracht is. Omdat de ondernemer op goede gronden het fraudeonderzoek heeft gestart, zijn de onderzoeks- en reparatiekosten wel terecht in rekening gebracht.

6.2. Toerekening van handelingen van derden

Het Hof Amsterdam moest onlangs oordelen over een consument die met navordering van ruim € 61 000 werd geconfronteerd voor illegaal afgetapte energie.⁸⁹ De consument huurde een woning, waarnaast een bedrijfshal was gevestigd. De eigenaar van de woning en bedrijfshal had de hal aan anderen verhuurd. De meter van de consument, die afgetapt werd voor illegale hennepcultuur in de hal, bevond zich in de bedrijfshal. De consument stelt niet te hebben geweten van de teelt, terwijl de ondernemer stelt dat de consument als contractant verantwoordelijk is voor het aftappen. Het hof beslist dat op de consument een zorgplicht rust om correct gebruik te maken van de installatie en dat de vraag is of in dit concrete geval van toerekenbaar tekortschieten gesproken kan worden. In

84. Geschillencommissie ENE 22 juni 2007, ENE07-0204. Over de schatting van dat verbruik zie bijv. Rb. Arnhem 20 mei 2009, L/JN BI6868.

85. Zie bijv. art. 10 AV Transport Elektriciteit.

86. Omgekeerd: de Geschillencommissie is geneigd om een goed gedocumenteerd en sluitend fraudedossier te volgen. Zie bijv. Geschillencommissie ENE 9 november 2006, ENE06-1995.

87. Geschillencommissie ENE 7 augustus 2007, ENE07-0566.

88. Geschillencommissie ENE 9 december 2008, 17847ESGC.

89. Hof Amsterdam 16 december 2008, zaaknr. 106.007.027/01, rolnr. 0935/07.

de concrete omstandigheden – waaronder het feit dat de consument niet de eigenaar van het pand was en dus geen zeggenschap had over de plek van de meter – oordeelt het hof dat de consument niet toerekenbaar tekortgeschoten is.

Hetzelfde Hof Amsterdam moest oordelen over een consument die haar woning aan een vriend ter beschikking had gesteld, die er vervolgens een hennepkwekerij van maakte met gebruikmaking van illegaal afgetapte energie.⁹⁰ Het hof oordeelt dat op de consument de plicht rust ervoor te zorgen dat verzegeling van de meter intact blijft en er geen energie ongeregistreerd afgenomen zal worden. De gedragingen van de vriend kunnen worden toegerekend aan de consument:

‘De door X gestelde omstandigheid dat zij niet gedurende de volledige looptijd van de overeenkomst tussen haarzelf en Eneco in de woning heeft verbleven, terwijl de manipulatie van de door Eneco geplaatste apparatuur buiten haar medeweten en tijdens haar afwezigheid moet hebben plaatsgevonden, brengt, mede in aanmerking genomen dat X zelf haar woning aan een derde in gebruik heeft gegeven, naar de in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen niet mee dat de tekortkoming haar niet kan worden toegerekend. Voor het gebruik dat die derde in de woning heeft gemaakt van de door Eneco ter beschikking gestelde apparatuur is X als wederpartij van Eneco immers aansprakelijk als betrof het haar eigen gedragingen.’

Eenzelfde toerekening van gedragingen van derden wordt gevolgd door de Rechtbank Arnhem:

‘Aangenomen mag worden dat X niet zelf heeft gefraudeerd met de elektriciteitsmeter. Ten tijde van het aantreffen van de hennepkwekerij was zij immers niet zelf woonachtig in de woning, maar had zij deze verhuurd aan [betrokkene]. X is naar het oordeel van de rechtbank evenwel aansprakelijk voor de schade die Liander heeft geleden. X dient als contractuele wederpartij van Liander immers ervoor te zorgen dat er geen ongeoorloofde handelingen worden verricht met de elektriciteitsmeter, zoals het verbreken van de zegels van de hoofdaansluitkast. Tevens dient X ervoor zorg te dragen dat er geen elektriciteit wordt afgenomen zonder dat de meter dit registreert. Het toch buiten de meter om illegaal aftappen van elektriciteit levert een tekortkoming op in de nakoming van de verplichtingen jegens Liander. De gedragingen van [betrokkene], of van een eventueel tot op heden onbekende derde, komen daarbij op grond van de in het verkeer geldende opvattingen, zoals bedoeld in artikel 6:75 BW, voor rekening van X, als wederpartij van Liander. De klant van Liander is beter in staat dan Liander om te controleren of er geen ongeoorloofde handelingen worden verricht met de meter door anderen die met zijn toestemming gebruik maken van de ruimte waarvoor de energie wordt geleverd. De klant kan ter vermijding van

risico's als hier aan de orde bijvoorbeeld de aansluiting op naam van de huurder zetten. Het is daarom redelijk dat het risico van fraude door dergelijke gebruikers voor rekening komt van de klant van Liander, in dit geval X.’⁹¹

Ook de Rechtbank Dordrecht acht toerekening mogelijk, en wel toerekening van fraude door de huurder aan de verhuurder (die de contractuele wederpartij van de ondernemer was):

‘4.3. De gedragingen van de huurder, die zonder twijfel onrechtmatig zijn tegenover Eneco c.s., komen op grond van de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van X als contractant van Eneco c.s. Het is immers redelijk dat het risico van frauduleuze handelingen als de onderhavige voor rekening komen van de contractant van Eneco c.s., omdat hij beter dan Eneco c.s. in staat is om toezicht te houden op hetgeen met de aansluiting gebeurt, althans van hem mag worden verwacht dat hij voorafgaande aan de verhuur van de ruimte waarvoor de elektriciteit wordt geleverd beziet of hij dat toezicht voldoende inhoud kan geven door het treffen van fysieke maatregelen ten aanzien van de aansluiting of het maken van afspraken met de huurder. Voorts kan de contractant ter vermijding van het risico van aansprakelijkheid voor frauduleuze handelingen van een huurder de aansluiting op naam van de huurder laten zetten.’⁹²

6.3. Schatting van omvang fraude

Wat betreft de schatting van gestolen energie, is de lijn in een aantal uitspraken dat hetgeen nagevorderd wordt schadevergoeding in de zin van afd. 6.1.10 BW is, zodat zo nodig schatting kan plaatsvinden.⁹³ Rechtbank Amsterdam overweegt in dit verband heel algemeen:

‘In verband met de hoogte van de schade is het volgende van belang. Nu de omvang van de geleverde elektriciteit niet nauwkeurig kan worden vastgesteld omdat deze niet is geregistreerd, dient deze op de voet van artikel 6:97 Burgerlijk Wetboek te worden geschat. De bewijslast rust daarbij niet zonder meer op Liander. Indien de door Liander aan haar berekening ten grondslag gelegde aannames voldoende zijn toegelicht in het licht van hetgeen daartegen door A is ingebracht en deze in zijn algemeenheid aannemelijk voorkomen, zal op basis van die schatting het door Liander gevorderde in beginsel toewijsbaar zijn. De onzekerheid die inherent is aan een dergelijke schatting dient voor rekening van A te komen nu deze onzekerheid rechtstreeks het gevolg is van haar illegaal handelen. Het is aan A om voldoende feiten en omstandigheden te stellen en bewijzen aan te dragen die tot de conclusie dienen te leiden dat de aanname onjuist zou zijn.’⁹⁴

Andere uitspraken vatten energie die is afgenomen zonder dat de meter heeft geregistreerd (bijvoorbeeld buiten de meter om of door knoeien met cijferwerk), gewoon als

90. Hof Amsterdam 27 januari 2009, zaaknr. 200.001.068/01.

91. Rb. Arnhem 1 april 2009, *LJN* BI1732.

92. Rb. Dordrecht 19 maart 2008, *LJN* BC7057.

93. En, zo redeneert bijv. Rb. Arnhem 16 september 2009, *LJN* BK0268: als het geen levering uit hoofde van het contract is maar diefstal, kan er ook geen BTW over de schadevergoeding wegens diefstal verschuldigd zijn.

94. Rb. Amsterdam 13 mei 2009, *LJN* BI9923.

feitelijke levering die geschat mag worden op grond van art. 11 en 12 AV Levering Elektriciteit en art. 4 Transport Elektriciteit. Zo bijv. Rechtbank Haarlem:

‘Nu de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden niet in geschil is, is Nuon krachtens artikel 13 van deze voorwaarden in het onderhavige geval bevoegd de omvang van de illegaal afgenomen elektriciteit op grond van de haar ter beschikking staande gegevens te schatten.’⁹⁵

7. Beëindiging, switchen van leverancier, verhuizing en eindafrekening

7.1. Switchen

‘Switchen’ is het veranderen van leverancier. Juridisch gezien zou de consument dus het contract met de oude leverancier moeten beëindigen en het nieuwe contract met de nieuwe leverancier moeten laten ingaan.⁹⁶ Art. 8-10 *Regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet* geven aan het proces verdere invulling en de logistieke gang van zaken bij ‘switchen’ is geregeld in een van de codes.⁹⁷ Switchen gaat niet altijd vlekkeloos. Bij het switchen kunnen bijvoorbeeld betalingsperikelen ontstaan doordat bijvoorbeeld bij de switch van de ene naar de andere leverancier van een verkeerde meterstand uitgegaan wordt. Dan kan achteraf blijken dat de consument te veel heeft betaald aan de ene en (wellicht) te weinig aan de andere leverancier. Hoe moet dat worden opgelost? In ENE08-1215 was aangevoerd dat ondernemers daar onderling afspraken over hebben gemaakt (afspraken in het kader van de zogenaamde ‘B’con issues’), maar de Geschillencommissie oordeelt dat de consument daarbuiten staat. Hetgeen te veel is betaald aan de oude leverancier moet dan gewoon worden terugbetaald aan de consument.⁹⁸

7.2. Vaste looptijd

Met het liberaliseren van de markt is de mogelijkheid van switchen toegenomen, maar werd ook in toenemende mate de behoefte aan contracten met vaste looptijden (zoals een leveringsovereenkomst voor de duur van een, twee of drie jaren) gevoeld. Tussentijdse beëindiging door consumenten werd wel wenselijk geacht⁹⁹, maar de leveranciers zou dan wel de mogelijkheid gegeven moeten worden om een beperkte opzegvergoeding te bedingen. Dit alles is gereguleerd door de *Richtsnoeren Redelijke Opzegvergoedingen Vergunninghouders* van de NMA Energiekamer (d.d. 16 januari 2008).¹⁰⁰ Art. 4 van deze richtsnoeren bepaalt dat van een redelijke opzegvergoeding sprake is indien de maximale hoogte van een opzegvergoeding voor consumenten afhankelijk is van de duur van de overeenkomst en van de resterende looptijd op het moment van beëindigen, volgens onderstaande tabel:

Contract-duur	Resterende looptijd	Maximale opzegvergoeding
1 jaar	< 1 jaar	50 euro
> 1 jaar	< 1,5 jaar	50 euro
	1,5-2 jaar	75 euro
	2-2,5 jaar	100 euro
	> 2,5 jaar	125 euro

Het bedingen van een vergoeding voor een uitgedeed welkomstcadeau is niet redelijk als beëindiging na een jaar plaatsvindt of de vergoeding hoger is dan € 50 of hoger dan de reële waarde van het cadeau.

7.3. Verhuizingen

Bij verhuizing geldt art. 20 AV Levering Elektriciteit, dat bepaalt dat de leveringsovereenkomst in stand blijft bij verhuizing tenzij rechtsgeldig en tijdig is opgezegd en de eindstanden doorgegeven worden. Gaat het in de administratieve verwerking van verhuizingen mis, dan kunnen de gevolgen ingrijpend zijn. In dossier ENE06-2029 betwist de consument de eindafrekening van de ondernemer. De oorzaak van de stroeve afwikkeling lijkt gelegen te zijn in het feit dat de consument het contract niet op de juiste manier heeft beëindigd. Daardoor zijn de meterstanden niet op een deugdelijke manier aan de ondernemer doorgegeven. Ook heeft de consument de meterstanden niet voor zichzelf genoteerd, zodat hij de juistheid van de door de ondernemer gehanteerde standen niet gemotiveerd kan bestrijden. Per saldo moet de consument daarom de eindafrekening gewoon betalen, maar vanwege de stroeve communicatie met de ondernemer wordt een tegemoetkoming van € 150 toegekend.¹⁰¹

Rechtbank Zwolle 24 juli 2003, *LJN AI1386*, *TvC* 2004-2, p. 64, betreft de problemen die ontstaan als de debiteurenadministratie van de ondernemer zo gebrekkig is dat voorschotten nog geïncasseerd worden ook nadat de consument is verhuisd, en de consument een eindafrekening krijgt waaruit niet blijkt of bepaalde voorschotten al wel of niet zijn betaald. Zo kan de situatie ontstaan dat er eerst een eindafrekening wordt opgemaakt en dat vervolgens toch nog voorschotten geïnd moeten worden. De kantonrechter laakt de administratie van de ondernemer, nu de wijze van factureren ‘nodeloos gecompliceerd is en terecht vragen heeft opgeroepen bij een gebruiker als gedaagde’. De incassokosten die de ondernemer had opgelegd aan de consument worden daarom slechts voor 50% toegewezen.

In dossier ENE06-2157 betreft het een fout bij het opnemen van de eindstanden voor de vertrekkende en beginstanden voor de aankomende bewoner. In dit geval had de vertrekkende bewoner zo snel mogelijk de meterstanden doorgegeven, maar door overmacht ontbrak een tweede handtekening. Zo spoedig als mogelijk heeft hij

95. Rb. Haarlem 13 november 2006, *LJN BA1426*.

96. De duur van de leveringsovereenkomst en de opzegging zijn globaal geregeld in art. 21-22 AV Levering Gas resp. art. 21-22 AV Levering Elektriciteit. Zie ook art. 95m lid 7 Elektriciteitswet 1998.

97. Tot 2007 was switchen en verhuizen technisch geregeld in de Netcode (bijlage Switch- en verhuisprocedure, sindsdien in de Informatiecode Elektriciteit en Gas. Zie de tekst bij <www.energiekamer.nl/nederlands/elektriciteit/regelgeving/secundaire_regelgeving/codes/Informatiecode/index.asp>.

98. Geschillencommissie ENE 29 oktober 2008, ENE08-1215.

99. Zie bijv. art. 95m lid 7 Elektriciteitswet 1998: ‘Een afnemer als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, kan elke overeenkomst tot levering van elektriciteit beëindigen met inachtneming van een termijn van dertig dagen.’

100. <www.energiekamer.nl/images/Richtsnoeren_Redelijke_Opzegvergoedingen_Vergunninghouders_16_januari_2008_tcm7-110714.pdf>.

101. Geschillencommissie ENE 9 november 2006, ENE06-2029.

met door de eigenaar en nieuwe huurder ondertekend huurcontract met werkelijke eindstand doorgestuurd. De consument wil daarom de eindstanden gecorrigeerd zien. De ondernemer stelt dat een correctie ten laste van de leverancier niet mogelijk is vanwege marktafspraken. Een correctie door de hele keten heen is ook niet mogelijk omdat de netbeheerder weigert om historische, eerder vastgestelde meterstanden te wijzigen. De Geschillencommissie acht de klacht van de consument gegrond omdat marktafspraken niet aan de consument tegengeworpen kunnen worden. Bovendien heeft de consument zo snel mogelijk het verhuisformulier opgestuurd. Daarom is er geen toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de consument.¹⁰²

102. Geschillencommissie ENE 14 mei 2007, ENE06-2157.