

60

# arrest IN NAAM DER KONINGIN

---

## GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel recht

Zaaknummer : 200.029.673/01

Zaak- en rolnummer rechtbank : 276536 / HA ZA 07-157

**Arrest van 23 augustus 2011**

inzake

**STICHTING ACTIE GIGA JOULE,**

gevestigd te Houten,

appellante,

hierna te noemen: Giga Joule,

→ advocaat: mr. E. Grabandt te 's-Gravenhage,

tegen

**1. ENECO HOLDING N.V.,**

**2. ENECO RETAIL B.V.,**

**3. STEDIN NETTEN UTRECHT N.V.,**

**4. ENECO SERVICES B.V.,**

**5. ENECO WARMTE B.V. thans genaamd ENECO WARMTE & KOUDE**

**LEVERINGSBEDRIJF B.V.,**

**6. ENECO WARMTENETTEN B.V.,**

**7. WARMTENETTEN UTRECHT B.V.,**

alle gevestigd te Rotterdam,

geïntimeerden,

hierna te zamen te noemen: Eneco,

advocaat: mr. M.W.F. Oosterhuis te Rotterdam.

### Het geding

Bij exploit van 8 oktober 2008 is Giga Joule in hoger beroep gekomen van het vonnis van 9 juli 2008 van de rechtbank te Rotterdam, gewezen in de zaak tussen haar als eiseres en geïntimeerde sub 1 alsmede Eneco Energie Retail B.V., Eneco Energie Infra Utrecht N.V. en Eneco Energie Services B.V. als gedaagden (LJN: BD7678). Bij memorie van grieven (met producties), genomen ter rolle van 29 juni 2010, heeft Giga Joule zeventien grieven aangevoerd. Deze zijn door Eneco bestreden bij memorie van antwoord (met producties). Ter zitting van 9 mei 2011 hebben partijen hun zaak doen bepleiten, Giga Joule door mr. M.R. Ruygvoorn, advocaat te Utrecht, Eneco door haar advocaat. Daarvan is procesverbaal opgemaakt, dat zich bij de stukken bevindt. Voorafgaand aan de pleidooien had Giga Joule bij brief van 28 april 2011 nog twee producties toegezonden. Onder overlegging van fotokopieën van de procesdossiers hebben partijen tot slot arrest gevraagd.

---

**Beoordeling van het hoger beroep**

- 1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis sub 3.1 de belangrijkste feiten geresumeerd. Partijen hebben daartegen geen grieven aangevoerd, zodat deze samenvatting ook het hof tot uitgangspunt dient. Met inachtneming hiervan gaat het in dit geschil in hoofdzaak om het volgende.
  - 1.1 In Giga Joule heeft zich een groep natuurlijke personen verenigd, die allen wonen in Houten en daar een woning in eigendom hebben in de wijk Vijfwal. Bij de bouw van de woningen (vanaf 1999) is, naar het hof begrijpt in samenspraak tussen de gemeente Houten (hierna: de gemeente), de projectontwikkelaar en de toenmalige nutsbedrijven, ertoe besloten voor het verwarmen van de woningen en het verwarmen van water voor douchen en baden gebruik te maken van warmte, te leveren door de nutsbedrijven (hierna: stadsverwarming). Er werd dus afgezien van de conventionele methode, waarbij gebruik gemaakt wordt van cv-ketels, aangesloten op gasleidingen. Er is geen gasdistributienet aangelegd.
  - 1.2 Bij deze besluitvorming is uitgangspunt geweest dat de toekomstige eigenaren van de woningen voor de verwarming van woningen en water "niet meer dan anders" aan kosten zouden hebben, dat wil zeggen niet meer dan wanneer gekozen was voor individuele verwarming door middel van cv-ketels. Dit wordt het nmda-beginsel genoemd.
  - 1.3 Voor de levering van de warmte heeft de leverancier met de eigenaren van de woningen contracten gesloten. Aanvankelijk was Remu Levering B.V. de leverancier van de warmte in de onderhavige woonwijk. Deze is opgevolgd door onderdelen van het Eneco-concern, laatstelijk door geïntimeerde sub 5 (hierna: Eneco Warmte).
  - 1.4 Tussen partijen is niet in geschil dat op de rechtsverhoudingen tussen de bewoners en de warmteleverancier de door Eneco gehanteerde Algemene voorwaarden voor de levering van warmte (hierna: de AV) van toepassing waren en zijn. Eneco heeft deze bij memorie van antwoord als productie 1 in het geding gebracht. Met betrekking tot de tarieven is daarin het volgende bepaald:  
*"Artikel 14 – Tarieven*  
*14.1. Voor het tot stand brengen, in stand houden, uitbreiden of wijzigen van een aansluiting en voor de levering is de afnemer bedragen verschuldigd volgens de tarievenregeling van het bedrijf.*  
*14.2. Het bedrijf bepaalt welk tarief van toepassing is. De afnemers is gehouden desgevraagd de daartoe benodigde gegevens te verstrekken.*  
*14.3. [...]"*  
Volgens artikel 26.1. zijn de AV in werking getreden op 1 juli 2001. Het hof gaat er, nu hieromtrent niets anders is gesteld, van uit dat voordien met betrekking tot de tarifiering een zelfde bepaling als de geciteerde van kracht is geweest.
  - 1.5 Tussen partijen is evenmin in geschil dat Eneco althans Eneco Warmte bij de vaststelling van het tarief het nmda-beginsel in acht moet nemen.

- 1.6 De in Giga Joule verenigde bewoners hebben zich vanaf een zeker moment op het standpunt gesteld dat door (de rechtsvoorganger(s) van) Eneco Warmte voor de levering van warmte een tarief in rekening is c.q. wordt gebracht, waarbij het nmda-beginsel niet of onvoldoende is geëerbiedigd. Zij menen dan ook dat zij te veel betaald hebben en willen het teveel betaalde terugkrijgen. Overleg daarover tussen partijen heeft niet tot een minnelijke oplossing geleid. Giga Joule heeft daarom het geschil aan de rechtbank voorgelegd.
- 1.7 Eneco heeft verweer gevoerd, in hoofdzaak inhoudend dat zij het nmda-beginsel naar behoren heeft toegepast.
- 1.8 In het bestreden vonnis heeft de rechtbank vastgesteld, dat Giga Joule in eerste aanleg aanvankelijk de veroordeling van Eneco heeft gevorderd:  
*"I. om aan eiseres tegen een behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 797.500,=, te vermeerderen met hetgeen onverschuldigd betaald zal worden na 1 januari 2007, te vermeerderen met wettelijke rente en buitengerechtelijke incassokosten;*  
*II. om aan eiseres te garanderen en daarmee aan afnemers c.q. consumenten, dat er keuzevrijheid bestaat van leverancier;*  
*III. om aan eiseres te garanderen en daarmee aan afnemers c.q. consumenten dat er een garantieprijs geboden wordt over een langere periode voor het leveren van warmte, als gebaseerd op bovengenoemde gronden, in de maand januari 2007 op straffe van een dwangsom van tienduizend euro per dag;*  
*IV. in de kosten van deze procedure."*  
Bij conclusie van repliek in eerste aanleg is de vordering onder I als volgt vermeerderd c.q. geconcretiseerd:  
*"voor januari tot en met juni 2007 de somma van € 125.800,=, voorts voor iedere maand hierna de somma van € 20.967,=."*  
Bij nadere conclusie in eerste aanleg (onder 64) is beoogd de vordering onder II nader te concretiseren, met vermelding van een aantal volgens Giga Joule onredelijk bezwarende bepalingen.
- 1.9 De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis de vorderingen van Giga Joule afgewezen en haar veroordeeld in de proceskosten.
- 2 In de appeldagvaarding en de memorie van grieven heeft Giga Joule haar vordering gewijzigd.
- 2.1 Giga Joule vordert nu dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en voorts, opnieuw recht doende:  
I. zal *"verklaren voor recht dat de deelnemers (als bedoeld in de statuten van eiseres) wier belangen eiseres behartigt, voor de warmteleveranties door geïntimeerde(n) aan geïntimeerde(n) een bedrag onverschuldigd hebben voldaan en maandelijks onverschuldigd voldoen, zoals nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet"*,  
II. zal *"verklaren voor recht dat geïntimeerden gehouden zijn jegens de deelnemers (als bedoeld in de statuten van eiseres) wier belangen eiseres behartigt, voordelen (zoals, doch niet gelimiteerd tot financiële voordelen, garantieprijzen, aanbiedingen e.d.) als die welke worden aangeboden bij de*

*afname van gas en/of elektriciteit aan derden, op vergelijkbare voet aan te bieden aan voormelde deelnemers terzake van door deze afgenomen warmteleveranties",*

III. geïntimeerden zal veroordelen in de kosten van beide instanties.

- 2.2 Het hof begrijpt dat Giga Joule de vordering, vermeld onder 1.8 sub II, niet handhaaft. Voor het overige zijn de verschillen tussen hetgeen in eerste aanleg is gevorderd en hetgeen in hoger beroep wordt gevorderd beperkt.
- 3 De grieven zijn gericht tegen vrijwel alle dragende overwegingen van het bestreden vonnis. De grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Mede in verband met de wijziging van de oorspronkelijke vordering zal het hof, binnen het kader van de door de grieven afgebakende rechtsstrijd, zelfstandig zijn oordeel geven over de toewijsbaarheid van de vorderingen in hoger beroep.
- 3.1 Eneco heeft primair als verweer gevoerd dat Giga Joule in haar vorderingen niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat haar niet de bevoegdheid zou toekomen ten behoeve van de in haar verenigde natuurlijke personen een verklaring voor recht te vorderen. Het hof kan Eneco daarin niet volgen. Het wettelijk stelsel verzet zich er naar het oordeel van het hof niet tegen dat een instelling als Giga Joule, gegeven haar in de gedingstukken uiteengezette statutaire doelstelling, met betrekking tot een onderwerp als het onderhavige ten behoeve van de in haar verenigde natuurlijke personen een verklaring voor recht vordert.
- 3.2 Eneco heeft verder betoogd dat de in Giga Joule verenigde natuurlijke personen geen overeenkomst tot warmtelevering en geen andere, als grondslag van het gevorderde dienende, contractuele relatie met de geïntimeerden sub 1, 2, 3, 4, 6 en 7 hebben. Giga Joule heeft dit niet althans onvoldoende bestreden. Het hof zal Eneco daarom volgen in haar conclusie, ertoe strekkend dat de vordering tegen deze geïntimeerden wordt afgewezen.
- 4 Met betrekking tot het in de appeldagvaarding sub I gevorderde overweegt het hof het volgende. In de kern gaat het hierbij om de vraag of Eneco Warmte, waaronder hier voor zover nodig mede haar rechtsvoorgangers worden verstaan, bij de bepaling van de prijs die zij voor de geleverde warmte in rekening heeft gebracht en brengt, het nmda-beginsel in acht heeft genomen en neemt, anders gezegd de vraag of Eneco daarbij aan dat beginsel de invulling mocht en mag geven zoals zij dat heeft gedaan en doet.
- 4.1 Het geciteerde artikel 14 van de AV laat Eneco Warmte een grote mate van vrijheid bij de bepaling van het voor de warmteafnemers geldende tarief. Deze vrijheid wordt in elk geval begrensd door het in artikel 6:2 lid 1 BW opgenomen voorschrift dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.
- 4.2 Partijen zijn het erover eens dat Eneco Warmte bij de bepaling van het tarief het nmda-beginsel in acht moet nemen. Aan de orde is derhalve de vraag wat als inhoud van dit beginsel binnen de contractuele relatie kan gelden. Bij pleidooi is namens Giga Joule gesteld, dat bij het aangaan van de leverings-

overeenkomsten over de te hanteren afrekeningsmethodiek met geen woord gesproken is. Anders dan Giga Joule in de memorie van grieven heeft gesteld kan dan ook niet worden aangenomen – Giga Joule spreekt daar over "overeengekomen verwachtingen" – dat voor de uitleg kan worden voortgebouwd op verwachtingen die de afnemers mochten koesteren op grond van mededelingen, die door Eneco Warmte bij de contractsluiting zijn gedaan. Uit de gedingstukken blijkt niet dat de inhoud van het nmda-beginsel en de toepassing daarvan op andere wijze tussen partijen zijn vastgelegd, terwijl evenmin is gesteld of gebleken dat voor de interpretatie aanknopingspunten zijn te vinden in de tarievenregeling waarnaar verwezen wordt in artikel 14 van de AV.

Zoals gezegd is, blijktens stukken die Giga Joule als productie 6 bij memorie van grieven in het geding heeft gebracht, over het beginsel wel gesproken met de gemeente, voorafgaand aan de bouw van de woningen in de wijk Vijfwal. Aan die stukken valt evenwel niet te ontnemen dat aan het beginsel toen een andere inhoud of uitleg is gegeven dan door Eneco in dit geding uiteengezet is.

- 4.3 Terzijde merkt het hof op dat het in artikel 6:2 lid 1 BW ook voor de afnemers van Eneco Warmte geldt. Zij zullen dan ook moeten accepteren dat Eneco Warmte zal nastreven in het tarief in beginsel tevens een vergoeding te vinden voor alle kosten die zij voor het leveren van warmte heeft moeten maken en maakt alsook voor een passend rendement op haar inspanningen.
- 4.4 Eneco Warmte heeft betoogd dat zij voor de bepaling van het warmtetarief overeenkomstig het nmda-beginsel steeds aansluiting heeft gezocht en mag zoeken bij de Tariefadviezen, die periodiek worden uitgebracht door EnergieNed, de brancheorganisatie voor energiebedrijven in Nederland. Eneco Warmte heeft als productie 3 bij memorie van antwoord het Tariefadvies voor de levering van warmte aan Kleinverbruikers 2006 in het geding gebracht. Daarin wordt vermeld dat in de adviezen – onder toezicht van Senter/Novem dat verbonden is aan het ministerie van Economische zaken – wordt uitgegaan van het nmda-beginsel, en wel bij de berekening van de aansluitbijdrage, het vastrecht en de warmteprijs. De toepassing van dit beginsel komt er volgens het Tariefadvies "op neer dat er een zodanig tarief voor de geleverde warmte wordt gevraagd dat het de warmteverbruiker gemiddeld niet meer kost dan bij gebruik van aardgas voor individuele centrale verwarming" (onderstreping door het hof).
- Als niet voldoende weersproken gaat het hof voorts van het volgende door Eneco Warmte gestelde en hier zakelijk weergegevene uit. EnergieNed hanteert voor het bepalen van het tarief – dat een zekere bandbreedte kent – sinds 1993 de zogeheten marktwaardemethode. Daarbij wordt het gemiddelde energieverbruik van een relevante groep aangeslotenen op stadsverwarming vergeleken met de uitkomsten die worden verkregen door periodiek uitgevoerde praktijkmetingen van het energieverbruik bij een relevante groep huishoudens met een aansluiting op een gasdistributienet en een cv-ketel. Aangezien de marktwaarde fluctueert vindt periodiek ook bijstelling van het laatste uitgebrachte tariefadvies plaats. Een en ander resulteert in een wetenschappelijk getoetste en akkoord bevonden formule, aan de hand waarvan de bij EnergieNed aangesloten bedrijven een aan het nmda-beginsel beantwoordend tarief kunnen vaststellen.

Eneco Warmte heeft voorts betoogd dat het toepassen van de Tariefadviezen van EnergieNed bij warmteleveringsbedrijven bestendig gebruikelijk is.

- 4.5 Ter onderbouwing van de validiteit van deze werkwijze en het daarmee verkregen resultaat heeft Eneco Warmte onder meer gewezen op het Rapport van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) d.d. 6 mei 2010 betreffende het effect van de Warmtewet op de warmteprijs en het bedrijfsrendement.
- De beschouwingen, vervat in hoofdstuk 3 van dit rapport, acht het hof relevant voor het onderhavige hoger beroep. De NMa constateert daarin dat de warmteleveranciers die bij het onderzoek zijn betrokken en die warmte leveren op ruim 100 warmtenetten aan ruim 50% van het totaal aantal verbruikers van warmte tot 1.000 kW, hun tarieven in principe baseren op het jaarlijkse tariefadvies van EnergieNed. Daarbij treden wel verschillen in uitkomst op, maar deze hangen samen met de enorme complexiteit van het vaststellen van de warmteprijs en met typische lokale omstandigheden. Volgens het rapport hebben de warmteleveranciers verder aangegeven dat het niet mogelijk is om een eenduidige formule voor de huidige warmteprijs vast te stellen; deze is van te veel parameters afhankelijk en verschilt per warmtenet. De NMa constateert dan ook dat er (aanzienlijke) prijsverschillen bestaan tussen de warmteleveranciers. Deels hangen die samen met verschillen in verbruik.
- De NMa heeft verder onderzocht hoe de voor het onderzoeksjaar 2008 vastgestelde 'gewogen gemiddelde warmteprijs voor kleinverbruikers' zich verhoudt tot het Tariefadvies van EnergieNed, waarbij aandacht is gegeven aan het feit dat het tariefadvies mede afhankelijk is van het warmtepakket dat de kleinverbruiker afneemt (dat vormt de bandbreedte). Uit dit onderzoek is onder meer gevolgd dat de door Eneco Warmte gehanteerde warmteprijs praktisch gelijk is aan de minimale adviesprijs van EnergieNed.
- De NMa rapporteert voorts nog dat zij uit de analyse niet kan afleiden of gemiddeld genomen de warmteleveranciers de adviesprijs van EnergieNed hanteren, maar stelt wel vast dat de gewogen gemiddelde warmteprijs in het algemeen ongeveer op of onder het niveau van het minimale tariefadvies van EnergieNed ligt.
- Tot slot ontleent het hof aan het NMa-rapport nog de constatering dat onder meer Eneco in het onderzoeksjaar 2008 een lager bedrijfsrendement behaald heeft dan de NMa redelijk acht voor de levering van warmte aan verbruikers met een aansluiting tot 1.000 kW.
- 4.6 De stelligheid waarmee Eneco Warmte in dit geding heeft betoogd zich steeds aan te sluiten bij de Tariefadviezen van EnergieNed vindt maar ten dele steun in het door haar overgelegde NMa-rapport. De bevindingen van de NMa maken het echter wel aannemelijk dat een keuze om die adviezen toe te passen in beginsel niet tot onredelijke resultaten ten opzichte van de warmteafnemers leidt.
- Dit voert het hof tot de volgende tussenconclusie, te weten dat Eneco Warmte in beginsel niet onredelijk handelt door voor haar warmteafnemers een uniform tarief te hanteren en voor de bepaling van dit tarief aan te knopen bij de Tariefadviezen van EnergieNed. Daarbij acht het hof het van belang dat de wijze waarop het nmda-beginsel in de praktijk moet worden toegepast niet tussen partijen is overeengekomen of anderszins is ingevuld en dat, gezien de

complexiteit van de materie, in beginsel verschillende methoden om toepassing te geven aan het nmda-beginsel mogelijk en denkbaar zijn.

- 4.7 Partijen hebben gedebatteerd over de vraag of Eneco Warmte haar tarief voor al haar warmteafnemers gelijkelijk mag doen gelden of daarbij moet differentiëren. Bij pleidooi is gebleken dat Giga Joule een differentiatie op afnemer-niveau niet (langer) voorstaat. Wel is het nog de vraag of Eneco Warmte voor de – wat genoemd wordt – Houtense situatie met alleen nieuwbouwwoningen een tariefreductie zou moeten hanteren.

Giga Joule heeft betoogd dat hiertoe aanleiding bestaat omdat de woningen in de wijk Vijfwal, indien niet voor stadsverwarming zou zijn gekozen, voorzien zouden zijn van een zogenaamde HR-ketel. Verhoudingsgewijs zouden de kosten voor het verwarmen van de woningen en voor warm tapwater daarmee lager zijn uitgevallen, welk kosteneffect verrekend zou moeten worden bij de tariefstelling voor stadsverwarming.

Eneco Warmte heeft uiteengezet dat in de Tariefadviezen van EnergieNed tot 2003 al met dit aspect rekening is gehouden en dat Eneco Warmte ook aan dit onderdeel van die adviezen uitvoering heeft gegeven door de desbetreffende afnemers een – zelfs wat hoger dan de door EnergieNed geadviseerde – korting te verlenen. In de vanaf 2003 verschenen Tariefadviezen is er volgens Eneco Warmte al rekening mee gehouden dat in nieuwbouwwoningen HR-ketels plegen te worden geplaatst wanneer niet voor stadsverwarming is gekozen. Dit betoog wordt bevestigd in het Tariefadvies dat in het geding is gebracht.

Giga Joule heeft onvoldoende onderbouwd dat er ook verder nog klemmende redenen zouden zijn om voor de Houtense situatie een ander tarief te laten gelden dan het tarief dat voortvloeit uit de eerder genoemde tarievenregeling. Het hof acht het voorts niet onredelijk dat Eneco Warmte zich weinig ontvankelijk betoont voor betogen van (groepen van) individuele afnemers die menen dat hun situatie een aanpassing van de uniforme tariefstelling behoeft.

Warmte is niet een product waarvan de prijs door onderhandelingen tussen leveranciers en afnemers tot stand kan komen. Hoewel ook andere rekenmethodes dan die ten grondslag liggen aan de Tariefadviezen van EnergieNed, mogelijk zijn, worden deze Tariefadviezen in zo brede kring aanvaard en toegepast dat Eneco Warmte zich redelijkerwijs op het standpunt kan stellen daarvan niet te willen afwijken, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, waarvan niet is gebleken.

Het hof acht daarom geen reden aanwezig om aan te nemen dat Eneco Warmte voor de in Giga Joule verenigde afnemers redelijkerwijs een ander tarief moet hanteren.

- 4.8 Giga Joule heeft gewezen op kritiek die geuit is op de Tariefadviezen van EnergieNed in onder meer een rapport van de Algemene Rekenkamer. Wat er zij van die kritiek, uit de gedingstukken valt niet op te maken en ook anderszins is niet gebleken, dat een betere, zich voor algemene toepassing lenende vertaling van het nmda-beginsel in een tariefformule dan de Tariefadviezen van EnergieNed voorhanden is. Ook de door Giga Joule zelf voorgestelde rekenmethode voldoet daaraan niet, aangezien Giga Joule in onvoldoende mate de kritiek daarop van Eneco Warmte heeft weerlegd dat deze – zo vat het hof samen – te zeer is gebaseerd op subjectieve en niet door marktonderzoek geverifieerde uitgangspunten.

Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat Eneco Warmte de kritiek van Giga Joule (onder meer gebaseerd op het zogenaamde VIAC-rapport) niet zonder meer terzijde heeft gelegd, maar ook zelf serieus nader onderzoek heeft laten uitvoeren. De gegrondheid van de kritiek van Giga Joule is daarbij niet bevestigd.

In dit verband heeft Giga Joule nog gesteld dat toepassing van de rendementsmethode in plaats van de marktwaardemethode tot een meer aanvaardbaar resultaat zal leiden dat beter zal voldoen aan het nmda-beginsel. Zij wijst daarbij op de inmiddels vastgestelde Warmtewet, waarin eerstgenoemde methode wordt omhelsd. Dit betoog kan Giga Joule niet baten omdat de discussie over dit onderdeel van de Warmtewet nog niet tot een einde lijkt te zijn gekomen, mede als gevolg van de vaststelling van de NMa in het eerder genoemde rapport dat de introductie van de Warmtewet ertoe zal leiden dat de warmteprijs voor kleinverbruikers in de toekomst gemiddeld genomen zal toenemen. Het hof acht in een en ander dan ook geen reden gelegen om nu al te concluderen dat Eneco Warmte in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt door vast te houden aan de Tariefadviezen van EnergieNed.

- 4.9 Giga Joule heeft tot slot nog een beroep gedaan op folders van REMU en GCN, die ter gelegenheid van de pleidooien in het geding zijn gebracht. Deze folders zijn, voor zover de inhoud ervan al aan Eneco Warmte toegerekend mag worden, in zeer globale bewoordingen gesteld en zijn daardoor onvoldoende concreet om te kunnen dienen als onderbouwing van de stelling dat in de tarieven van Eneco Warmte onvoldoende toepassing wordt gegeven aan het nmda-beginsel.
- 4.10 Op grond van deze overwegingen komt het hof tot de conclusie dat Eneco Warmte niet in strijd met het nmda-beginsel heeft gehandeld en handelt door aan de in Giga Joule verenigde afnemers de tarieven in rekening te brengen die zij in rekening heeft gebracht en brengt, en daarbij evenmin in strijd is gekomen met de redelijkheid en billijkheid. Er is dan ook geen grondslag voor de stelling van Giga Joule dat de in haar verenigde afnemers in het verleden voor de levering van warmte te veel hebben betaald en dat nog steeds doen. Nu onvoldoende onderbouwd te achten is dat Eneco Warmte contractuele normen geschonden heeft of schendt en bovendien niet is gebleken van een noodzaak om de tariefstelling van Eneco Warmte aan onderzoek te onderwerpen, ziet het hof geen aanleiding om deskundigen te benoemen en aan hen vragen voor te leggen. De vordering als omschreven onder 2.1 sub I, wordt afgewezen.
- 5 Met de onder 2.1 sub II, omschreven vordering beoogt Giga Joule, naar het hof begrijpt, te bereiken dat prijsvoordelen die consumenten kunnen genieten door van elektriciteit- en/of gasleverancier te veranderen, ook voor afnemers van warmte zullen gelden.
- 5.1 Eneco Warmte heeft ter weerlegging van deze vordering aangevoerd dat het technisch onmogelijk is om van warmteleverancier te veranderen en dat daarom afnemers van warmte niet voor vergelijkbare voordelen in aanmerking kunnen komen.
- 5.2 Het hof acht deze weerlegging doeltreffend.



- 5.3 Voor zover Giga Joule heeft willen betogen dat de toepassing van het nmda-beginsel ertoe moet leiden dat warmteafnemers in vergelijkbare mate voordelen moeten kunnen genieten als degenen die aangesloten zijn op een gasdistributienet, acht het hof het aannemelijk dat dergelijke voordelen, indien zij zich meer dan incidenteel voordoen, een vertaling zullen vinden in de vergelijkingsprijzen die bij de marktwaardemethode door EnergieNed worden gehanteerd.
- 5.4 Ook de vordering sub II wordt afgewezen.
- 6 Het bewijsaanbod van Giga Joule wordt als te weinig gespecificeerd gepasseerd.
- 7 Concluderend acht het hof in de grieven en ook overigens geen grond aanwezig om het vonnis waarvan beroep te vernietigen. Het hof zal dit vonnis derhalve bekrachtigen en het in hoger beroep meer of anders gevorderde afwijzen. Bij deze uitkomst van het hoger beroep past dat Giga Joule wordt veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Eneco.

#### Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- wijst het in hoger beroep meer of anders gevorderde af;
- veroordeelt Giga Joule in de proceskosten in hoger beroep, aan de zijde van Eneco begroot op € 313,- voor verschotten en € 2.682,- voor salaris advocaat;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J. Kramer, S.A. Boele en J.C.N.B. Kaal en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 23 augustus 2011 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan:  
Ungegeven aan mr. E. Grabandt  
Advocaat van: app./geint.  
De Griffier van het Gerechtshof  
te 's-Gravenhage