

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE
sector civiel recht - voorzieningenrechter

Vonnis in kort geding van 22 december 2006,
gewezen in de zaak met rolnummer KG 06/1475 van:

de naamloze vennootschap N.V. ONS Energie,
statutair gevestigd en kantoorhoudende te Schiedam,
eiseres,
procureur mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
advocaten mr. J.E. Janssen en mr. C.E. Moolenburgh te Amsterdam,

tegen:

1. de besloten vennootschap Van der Arend Roses Burgerweg B.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te Maasland, gemeente Midden-Delfland,
2. de besloten vennootschap Van der Arend Roses Herenwerf B.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te Maasland, gemeente Midden-Delfland,
3. de vennootschap onder firma Scholtes Roses,
gevestigd en kantoorhoudende te Kwintsheul, gemeente Westland,
4. J.H.G. Scholtes,
wonende te Naaldwijk, gemeente Westland,
5. L.C.M. Scholtes-Goemans,
wonende te Naaldwijk, gemeente Westland,
6. R.J.C. Scholtes,
wonende te Kwintsheul, gemeente Westland,
7. de besloten vennootschap H. & S. van den Ende Rozen B.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te Monster, gemeente Westland,
8. de besloten vennootschap J.C.P. van den Ende B.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te Monster, gemeente Westland,
gedaagden,
procureur mr. P.J.L.J. Duijsens.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 13 december 2006
wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Eiseres (hierna ook te noemen: ONS) is een energiebedrijf. Gedaagden zijn
tuinders.

1.2. Gedaagden hebben zich laten bijstaan en vertegenwoordigen door Tenergy
Consultancy B.V. (hierna: Tenergy) voor onder meer de in- en verkoop van
electriciteit. Tenergy verzorgt namens de deelnemers in de zogenaamde Tenergy
pool de bundeling van inkoopkracht van de in- en verkoop van electriciteit in de
glastuinbouwsector.

1.3. Gedaagden hebben daartoe in 2005 volmachten gegeven aan Tenergy die -
voorzover hier van belang - als volgt luiden:

"Volmachtgever/afnemer verklaart middels ondertekening volmacht te verlenen aan:

*Tenergy B.V., gevestigd te Drogenham aan het Hamsterplein 4 en ingeschreven in het
handelsregister te Leeuwarden onder nummer 01084737 en rechtsgeldig vertegenwoordigd
door de heer ing.W. Bijlsma*

160E18E0Z0

Om voor en namens volmachtgever/afnemer:

- *Als rechtsgeldig vertegenwoordiger alle (rechts)handelingen te verrichten inzake de totstandkoming van een overeenkomst met betrekking inzake de levering/teruglevering van electriciteit van 1 januari 2006 vanaf 00.00 uur tot en met 31 december 2008 om 00.00 uur door de door Tenergy B.V. geselecteerde electriciteitsleverancier inclusief de overige daarmee verbonden diensten en het ondertekenen van een electriciteit leveringsovereenkomst en alle daartuit voortvloeiende handelingen."*

1.4. Op 9 december 2005 is tussen Tenergy en ONS een raamovereenkomst tot stand gekomen, die ingaat per 1 januari 2006 en eindigt op 31 december 2008. Bepaald is onder meer dat de overeenkomst niet tussentijds opzegbaar is.

1.5. Artikel 1.4 van de overeenkomst luidt:

"In annex 1 zijn een viertal verschillende (terug)leveringsvoorwaarden beschreven. Iedere individuele volmachtgever heeft de keuze uit deze verschillende (terug)leveringsvoorwaarden. De keuze die de volmachtgever maakt voor de (terug)leveringsvoorwaarden hebben een geldigheid van een jaar en dienen voor of uiterlijk op 20 december van het jaar voorafgaand aan het jaar waarop de keuze betrekking heeft schriftelijk bij ONS ingediend te worden. Wanneer de keuze niet tijdig is gemaakt gelden voor die individuele volmachtgever de (terug)leveringsvoorwaarden van variant A, zoals beschreven in annex 1.

1.6. Tenergy heeft bij e-mail van 12 december 2005 de deelnemers van de Tenergy groep (waaronder gedaagden) geïnformeerd over de totstandkoming van de overeenkomst en daarbij onder meer gesteld:

"Op 9 december 2005 is overeenstemming bereikt met NV ONS Energie te Schiedam over een raamovereenkomst electriciteit 2006 (te continueren in 2007 en 2008 tegen de dan geldende marktprijzen, waarbij levering en teruglevering apart vast te leggen zijn)."

1.7. Bij brief van 12 december 2006 heeft ook ONS de deelnemers aan de Tenergy groep (waaronder gedaagden) geïnformeerd. De brief luidt - voorzover hier van belang -:

"Op basis van een door u verstrekte volmacht heeft Tenergy Consultancy BV de inkoop en verkoop van electriciteit voor u ondergebracht bij NV ONS Energie.

Uw huidige leverancier is Cogas Energie. Dit zal, afhankelijk van de door u op de volmacht afgegeven looptijd, voor de komende jaren veranderen in NV ONS Energie. Aangezien NV ONS Energie reeds twee jaar de gehele afhandeling verzorgt voor Cogas Energie, zal de enige zichtbare verandering de tenaamstelling op de correspondentie zijn.

Tenergy Consultancy heeft een overeenkomst afgesloten met NV ONS Energie die u de mogelijkheid biedt jaarlijks vooraf uit de 4 prijsvarianten te kunnen kiezen. In de bijlage bij deze brief vindt u de genoemde vier varianten waaruit u voor 2006 kunt kiezen.

(.....)

Wij willen u dringend verzoeken het ingevulde en door u ondertekende keuzeformulier vóór 15 december 2005 aan ons te retourneren.

(.....)

1.8. Gedaagden hebben hierna de keuzeformulieren ingevuld en aan ONS geretourneerd.

1605185020

1.9. Medio 2006 hebben gedaagden hun volmacht aan Tenergy ingetrokken. Gedaagden sub 1 en 2 verklaren - voorzover hier van belang -:
" (.....)

Voor de prijsbepaling van de blokken uit bijlage A (levering) van de overeenkomst tussen ondergetekende en ONS Energie N.V., wilt ondergetekende voor 2007 en 2008 zelf de klikmomenten bepalen.

Voor de prijsbepaling van de blokken uit bijlage B (teruglevering) van de overeenkomst tussen ondergetekende en ONS Energie N.V., wilt ondergetekende voor 2008 zelf de klikmomenten bepalen."

1.10. Bij brief van 30 juni 2006 aan ONS heeft gedaagde sub 6 de overeenkomst met ONS per 1 januari 2007 opgezegd.

1.11. Bij brief van 19 juli 2006 heeft ONS aan gedaagde sub 6 bericht dat zij zich op het standpunt stelt dat er een overeenkomst tot stand is gekomen voor de duur van drie jaar en dat deze overeenkomst niet tussentijds opzegbaar is.

1.12. Bij brief van 6 oktober 2006 hebben gedaagden aan ONS bericht dat zij de volmacht aan Tenergy hebben ingetrokken en dat zij om die reden vanaf 1 januari 2007 ook geen verplichtingen meer hebben jegens ONS.

1.13. Bij brieven van 13 oktober 2006 heeft ONS aan gedaagden laten weten dat zij gedaagden zal houden aan de verplichtingen uit de raamovereenkomst.

2. De vordering, de gronden daarvoor en het verweer

ONS vordert – zakelijk weergegeven – na toegestane wijziging van eis:

1. gedaagden sub 1 en 2 te gebieden de verplichtingen jegens N.V. ONS Energie uit de namens hen met N.V. ONS Energie gesloten overeenkomst voor de (terug)levering van electriciteit na te komen, waaronder begrepen het vóór 2007 per aansluiting kiezen van één of meer prijsvarianten alsmede waar nodig in de vorm van het zo spoedig mogelijk indienen van een adequaat verzoek tot, en het meewerken aan het terugdraaien van de door gedaagden geïnitieerde wisseling van leverancier, zulks op straffe van een dwangsom, althans zodanige voorziening te treffen als juist wordt geacht;
2. gedaagden sub 3, 4, 5 en 6 te gebieden de verplichtingen jegens N.V. ONS Energie uit de namens hen met N.V. ONS Energie gesloten overeenkomst voor de (terug)levering van electriciteit na te komen, waaronder begrepen het vóór 2007 per aansluiting kiezen van één of meer prijsvarianten alsmede waar nodig in de vorm van het zo spoedig mogelijk indienen van een adequaat verzoek tot, en het meewerken aan het terugdraaien van de door gedaagden geïnitieerde wisseling van leverancier, zulks op straffe van een dwangsom, althans zodanige voorziening te treffen als juist wordt geacht;
3. gedaagden sub 7 en 8 te gebieden de verplichtingen jegens N.V. ONS Energie uit de namens hen met N.V. ONS Energie gesloten overeenkomst voor de (terug)levering van electriciteit na te komen, waaronder begrepen het vóór 2007 per aansluiting kiezen van één of meer prijsvarianten alsmede waar nodig in de vorm van het zo spoedig mogelijk indienen van een adequaat verzoek tot, en het meewerken aan het terugdraaien van de door gedaagden geïnitieerde wisseling van leverancier, zulks op straffe van een dwangsom, althans zodanige voorziening te treffen als juist wordt geacht.

Daartoe voert ONS - kort samengevat - het volgende aan.

1605185020

Gedaagden hebben eind 2005 volmachten verleend aan Tenergy om namens hen een driejarig contract voor de levering en de teruglevering van electriciteit te sluiten met een door Tenergy te selecteren leverancier. Tenergy heeft vervolgens ONS geselecteerd waarmee Tenergy op 2 december 2005 namens de volmachtgevers een overeenkomst heeft gesloten. De overeenkomst heeft voor de deelnemers de looptijd zoals is aangegeven in hun respectieve volmachten aan Tenergy. Zowel Tenergy als ONS hebben de deelnemers, waaronder gedaagden, geïnformeerd over de totstandkoming van de overeenkomst. Gedaagden hebben daarna desgevraagd de keuzeformulieren teruggestuurd. Het feit dat gedaagden de volmachten aan Tenergy hebben beëindigd, betekent niet dat zij geen verplichtingen meer hebben aan ONS.

ONS heeft een spoedeisend belang bij haar vordering. Indien gedaagden per 1 januari 2007 van leverancier zouden wisselen, zou dit een groot gat slaan in de inkoopportfolio van ONS en een aanzienlijke schade tot gevolg hebben.

Gedaagde voert gemotiveerd verweer dat hierna, voorzover nodig, zal worden besproken.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. ONS heeft ter zitting een wijziging van eis ingediend. Gedaagden hebben zich tegen deze eiswijziging verzet, echter zonder nadere motivering. De voorzieningenrechter laat de eiswijziging toe, nu niet is gebleken dat de wijziging in strijd is met de eisen van een goede procesorde.

3.2. Gedaagden hebben primair aangevoerd dat Tenergy B.V., zoals aangeduid in bovenvermelde volmachten, niet bestaat en dat daarom de volmachten, gegeven aan een niet-bestaande rechtspersoon, niet bestaan. Dat verweer wordt verworpen. Uit het uittreksel van het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat de vennootschap met het in de volmacht aangegeven handelsregisternummer Tenergy Consultancy B.V. is, gevestigd op het in de volmacht genoemde adres, met als rechtsgeldig vertegenwoordiger de in de volmacht genoemde W. Bijlsma. Bovendien wordt zowel in de raamovereenkomst als in daarna volgende correspondentie gesproken van Tenergy Consultancy B.V. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat de volmachten zijn gegeven aan Tenergy Consultancy B.V.

3.3. Gedaagden hebben voorts onder meer aangevoerd dat zij niet gehouden kunnen worden aan de overeenkomst van 9 december 2005. Zij waren geen partij bij die overeenkomst, nu die overeenkomst door Tenergy is gesloten *ten behoeve van* hen en niet namens hen. Zij hebben zich middels het invullen van de keuzeformulieren slechts voor één jaar gebonden. Zij waren, naar zij zeggen, niet eens op de hoogte van een contract van drie jaar. Daarover wordt het volgende overwogen.

3.4. Vast staat dat gedaagden een volmacht hebben gegeven aan Tenergy om *voor en namens hen* een overeenkomst te sluiten voor drie jaar, namelijk van 1 januari 2006 tot 31 december 2008. ONS heeft onweersproken aangevoerd dat gedaagden vervolgens op 12 december 2005 door Tenergy en door ONS op de hoogte zijn gesteld dat de overeenkomst was gesloten, zie onder 1.6 en 1.7. De brief van ONS vermeldde dat de overeenkomst met ONS de mogelijkheid bood om jaarlijks vooraf uit vier prijsvarianten te kunnen kiezen. Als bijlage van de brief van ONS ontvingen gedaagden een formulier waarop zij voor 2006 konden kiezen voor vier prijsvarianten. Gedaagden hebben vervolgens hun keuze kenbaar gemaakt door de keuzeformulieren aan ONS te retourneren. Op grond van het voorgaande moet voorshands worden geconcludeerd dat gedaagden, zo zij niet door de raamovereenkomst rechtstreeks jegens ONS gebonden werden, in ieder geval door

160E18E070

het terugzenden van het formulier akkoord zijn gegaan met de driejarige overeenkomst met ONS en dat zij in het kader daarvan een contract hebben gesloten met ONS over de wijze waarop in 2006 energie zou worden geleverd en teruggeleverd. Indien zij het toen niet eens waren met een contract van drie jaar hadden zij dat op dat moment moeten aangeven. Daarbij verdient opmerking dat gedaagde sub 6 de overeenkomst met ONS per 1 januari 2007 heeft opgezegd. Dat verdraagt zich niet met de stelling van gedaagden dat zij in de veronderstelling verkeerden dat de overeenkomst met ONS voor één jaar was aangegaan. Tevens wordt opgemerkt dat gedaagden sub 1 en 2 bij de intrekking van de volmacht aan Tenergy verklaren dat zij voor de prijsbepaling van de blokken uit bijlage A en B van de overeenkomst tussen hen en ONS voor 2007 en 2008 zelf de klikmomenten willen bepalen. Dat wijst er tevens op dat zij wel degelijk uitgingen van een gebondenheid van drie jaar.

3.5. Gelet op het voorgaande moet de conclusie zijn dat gedaagden ertoe gehouden zijn om tot en met 31 december 2008 met ONS afspraken te maken over de (terug)levering van elektriciteit en dat zij derhalve voor het jaar 2007 een keuze dienen te maken uit de hen aangeboden prijsvarianten. Reeds om die reden zijn de vorderingen van gedaagden toewijsbaar.

Gelet op het voorgaande behoeven de stellingen van gedaagden dat Tenergy door het sluiten van de raamovereenkomst in strijd met haar statutaire doelstelling en in strijd met artikel 7:417 e.v. B.W. heeft gehandeld geen verdere bespreking, wat daar overigens van zij.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen zullen worden toegewezen als hierna vermeld. ONS heeft geen belang bij toewijzing van het gedeelte van de vordering dat gedaagden verplicht tot meewerken aan het terugdraaien van de door gedaagden geïnitieerde wisseling van leverancier, nu gedaagden ter zitting hebben verklaard dat er nog geen sprake is van een "switch". De dwangsom en het daaraan verbonden maximum met betrekking tot de vordering sub 1 zullen worden gematigd.

3.6. Er zal worden bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

3.7. Gedaagden zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

beveelt de besloten vennootschappen Van der Arend Roses Burgerweg B.V. en Van der Arend Roses Herenwerf B.V. binnen een week na betekening van dit vonnis afspraken te maken met N.V. ONS Energie over (terug)levering van electriciteit, waaronder begrepen het vóór 2007 per aansluiting kiezen van één of meer prijsvarianten, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag of gedeelte van een dag, met een maximum van € 1.000.000,-;

beveelt de vennootschap onder firma Scholtes Roses, de heer J.H.G. Scholtes, mevrouw L.C.M. Scholtes-Goemans en de heer R.J.C. Scholtes binnen een week na betekening van dit vonnis afspraken te maken met N.V. ONS Energie over (terug)levering van electriciteit, waaronder begrepen het vóór 2007 per aansluiting

1605185070

kiezen van één of meer prijsvarianten, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per dag of gedeelte van een dag, met een maximum van € 500.000,-;

beveelt de besloten vennootschappen H & S van den Ende Rozen B.V. en J.C.P. van den Ende B.V. binnen een week na betekening van dit vonnis afspraken te maken met N.V. ONS Energie over de (terug)levering van electriciteit, waaronder begrepen het vóór 2007 per aansluiting kiezen van één of meer prijsvarianten, zulks op straffe van een dwangsom van € 2.500,- per dag of gedeelte van een dag, met een maximum van € 250.000,-;

bepaalt dat bovenstaande dwangsom vatbaar is voor matiging op de wijze zoals onder 3,6 is vermeld;

veroordeelt gedaagden hoofdelijk in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van ONS begroot op € 1.150,13, waarvan € 816,- aan salaris procureur, € 248,- aan griffierecht en € 86,13 aan dagvaardingskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 1.150,13 met ingang van twee weken na de datum van dit vonnis is gewezen tot aan de dag der algehele voldoening;

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. Von Maltzahn en uitgesproken ter openbare zitting van 22 december 2006 in tegenwoordigheid van de griffier.

evm

1603183010