



Universiteit
Leiden
The Netherlands

SER-model internettoegang kritisch bekeken

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2008). SER-model internettoegang kritisch bekeken. *Computerrecht*, (3), 92-100. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47280>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47280>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

SER-model internettoegang kritisch bekeken

62

In dit artikel wordt eerst een aantal in het oog springende bepalingen uit het SER-referentiemodel internettoegang besproken. Vervolgens worden kanttekeningen geplaatst bij de uniformerende werking en dreigende contractdwang die van het model uitgaan. Tot slot wordt de hoop uitgesproken dat de twee geschillencommissies die over internettoegang- en VoIP-geschillen oordelen samengaan.

1. Inleiding

In februari 2007 kwam het referentiemodel voor algemene voorwaarden voor internettoegang AV CZ/67 (hierna: het referentiemodel) tot stand na meerjarig overleg in de Overleggroep Internetondernemers van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (CZ) van de Sociaal-Economische Raad (SER).² De initiatiefnemers van het zelfreguleringsoverleg (@Home, KPN, Orange Nederland Breedband, Speedling, Tiscali en Vecai) bereikten in dat overleg overeenstemming met de Consumentenbond over het referentiemodel, met uitzondering van het aansprakelijkheidsartikel. Het referentiemodel heeft blijkens de preambule van het model tot doel:

(...) de helderheid van de algemene voorwaarden voor internettoegang te vergroten; toetsing van de algemene voorwaarden mogelijk te maken; door het instellen van de Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten te voorzien in een laagdrempelige geschillenbeslechting voor Consumenten en Ondernemers van internettoegang; het voorkomen dat consumenten met geschillen over verschillende diensten van één bedrijf op verschillende geschillencommissies zijn aangewezen.'

Naar aanleiding van het overleg zijn een Toetsingcommissie Elektronische Communicatiediensten en een Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten in het leven geroepen.³ De geschillencommissie neemt uitsluitend geschillen tussen consumenten en een internetaanbieder met betrekking tot elektronische communicatiediensten in behandeling als de algemene voorwaarden van die internetaanbieder voordien door de toetsingcommissie zijn goedgekeurd. Die goedkeuring krijgt de internetaanbieder alleen als (kort gezegd) zijn algemene voorwaarden materieel geen afbreuk doen aan het referentiemodel. Is de goedkeuring verleend, dan mag de internetaanbieder zijn algemene voorwaarden voorzien van de volgende standaardclausule: 'Deze Algemene voorwaarden van [naam Ondernemer] voldoen aan het referentiemodel van Initiatiefnemers Zelfreguleringsoverleg. Dit referentiemodel is tot stand gekomen in overleg met de Consumentenbond in het kader van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de Sociaal-Economische Raad.'

Alvorens ik een aantal in het oog springende artikelen commentarieer vanuit het standpunt van zowel de internet-

aanbieder als de consument en afsluit met een conclusie, schets ik kort de taak van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg in welk kader het referentiemodel tot stand is gekomen.

2. Taak Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg

De Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (CZ) heeft volgens de website van de SER 'tot taak het bevorderen van overleg tussen ondernemers- en consumentenorganisaties om te komen tot evenwichtige Algemene Voorwaarden.' De CZ kwijt zich van zijn taak met behulp van een protocol met spelregels voor het overleg en een handleiding met (naar het oordeel van de CZ) evenwichtige modelbepalingen en een toelichting op die bepalingen.⁴ Veel van die modelbepalingen keren in gewijzigde vorm terug in het referentiemodel. Het raadplegen van de toelichting op die modelbepalingen helpt bij de uitleg van de bepalingen in het referentiemodel die afkomstig zijn van de modelbepalingen en is een *must* als men aanneemt dat algemene voorwaarden objectief moeten worden uitgelegd.⁵

3. Het aanbod

Volgens art. 2 lid 1 van het referentiemodel brengt de internetaanbieder zijn aanbod schriftelijk, elektronisch of mondeling uit. Hoewel die constatering juist is en ook zou gelden als er niets zou zijn bepaald,⁶ zie je in verkoopvoorwaarden van ondernemers op die plaats vaak een bepaling dat het aanbod (of de uitnodiging tot het doen van een aanbod) uitsluitend schriftelijk of elektronisch wordt uitgebracht. Een ondernemer wil uit het oogpunt van rechtszekerheid in de regel niet gebonden zijn aan een mondeling aanbod. Interes-

1 Mr. Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en universitair docent bij eLaw@Leiden, Centrum voor recht in de informatiemaatschappij.

2 Het referentiemodel en het CZ-jaarverslag waaruit blijkt dat het referentiemodel het resultaat is van meerjarig overleg zijn te vinden op www.consumentenvoorwaarden.ser.nl.

3 De Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten is op 1 november 2007 van start gegaan onder de vlag van De Geschillencommissie, zie www.geschillencommissie.nl.

4 Het protocol en de handleiding zijn te vinden op www.consumentenvoorwaarden.ser.nl.

5 Hoewel de Hoge Raad tot nu toe niet aan objectieve toetsing van algemene voorwaarden lijkt te willen (zie onder andere HR 30 november 2001, *JOR* 2002/43 (*Océ/Mega*) en A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 286b), valt een zodanige objectieve uitleg zeker te bepleiten (zie R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005, p. 12-13, met verwijzing (in voetnoot 77) naar medestanders C.E. Drion en Wessels, zie ook de noot van Wessels bij *Océ/Mega* (te vinden onder *JOR* 2002/45)). Dat aan een toelichting een rol toekomt bij de uitleg blijkt onder andere uit HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (*DSM/Fox*) en de in dat arrest genoemde jurisprudentie.

6 Zie bijvoorbeeld de art. 3:37 lid 1, 6:217, 6:221 lid 1 en 6:227c BW.

sant is vooral dat de modelbepalingen waarop het referentiemodel is gebaseerd, bepalen dat de internetaanbieder het aanbod schriftelijk dan wel elektronisch uitbrengt, terwijl het referentiemodel ook een mondeling aanbod mogelijk maakt. Waarom het referentiemodel op dit punt van de modelbepalingen afwijkt, is niet duidelijk. Overigens heeft een bepaling op grond waarvan een aanbod alleen schriftelijk of elektronisch kan worden uitgebracht alleen zin als de algemene voorwaarden waarin dat beding voorkomt van toepassing zijn op dat aanbod⁷ en niet worden vernietigd omdat zij niet op de juiste wijze en op het juiste moment ter beschikking zijn gesteld.⁸

Dat het aanbod volgens art. 2 lid 2 van de referentievoorwaarden vrijblijvend is, zal de internetaanbieder wel bekoren. Een aanbod dat vrijblijvend is, kan immers blijken art. 6:219 lid 2 BW nog 'onverwijld na de aanvaarding' worden herroepen. De consument zal minder blij zijn met deze afwijking ten opzichte van art. 3 lid 2 van de modelbepalingen waarop het referentiemodel is gebaseerd. Dat artikel bepaalt dat een aanbod onherroepelijk is gedurende een nog te bepalen – het model bevat een stippellijn – aantal dagen na ontvangst. Het referentiemodel eist in art. 2 lid 4 dat het aanbod op de toepasselijkheid van algemene voorwaarden wijst en vergezeld gaat van een exemplaar daarvan en, als het aanbod niet onmiddellijk vergezeld kan gaan van de algemene voorwaarden, deze voorwaarden zo snel mogelijk aan de consument worden toegezonden. Eerlijk gezegd begrijp ik niet goed waarom hier per se van het wettelijk stelsel moet worden afgeweken. Art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 lid 1 sub c BW staat met enige goede wil toe dat de consument die (in de toekomst) via een mobiele telefoon een mobiel internetabonnement sluit (en betaalt) wordt verwezen naar een (hyper)link waar hij de algemene voorwaarden kan raadplegen met de mededeling dat die voorwaarden op verzoek langs elektronisch of andere wijze worden toegezonden.⁹ De wet eist in dat geval dus niet dat de internetaanbieder algemene voorwaarden toestuurt, het referentiemodel wel.

Weliswaar staat het referentiemodel toe dat de internetaanbieder de algemene voorwaarden per e-mail naar de consument stuurt, maar ook dat is mijns inziens een onnodig hoge barrière voor nieuwe manieren om internetabonnementen af te sluiten. Het betekent dat als de consument via zijn mobiele telefoon een mobiel internetabonnement wil afsluiten waarbij betaling via het mobiele telefoonabonnement plaatsvindt, de internetaanbieder de consument naar zijn e-mailadres moet vragen en de consument zijn e-mailadres moet intikken. Dat zijn allemaal tijdrovende handelingen die een spoedig gebruik van datzelfde internet beletten. Degenen die menen dat de internetaanbieder toch een e-mailadres van de consument nodig heeft, omdat hij anders niet ex art. 6:227c lid 2 BW de ontvangst van een aanvaarding of een aanbod (volgend op een uitnodiging tot het doen van een aanbod) kan bevestigen, wijs ik op het feit dat voornoemd artikel slechts vereist dat de ontvangst 'langs elektronische weg' moet worden bevestigd. Daarvoor is strikt genomen geen e-mail bevestiging nodig, maar slechts een volgend scherm met daarop een ontvangstbevestiging.

Kortom, door te eisen dat algemene voorwaarden het aanbod vergezellen of nadien worden toegestuurd maakt het referentiemodel het moeilijker dan de wet om op nieuwe manieren internetabonnementen te sluiten.

4. Totstandkoming van de overeenkomst

Art. 3 lid 3 referentiemodel bepaalt dat de consument de overeenkomst op afstand, zoals bedoeld in art. 7:46a BW, kan ontbinden binnen zeven werkdagen na bevestiging van de overeenkomst. Vanuit consumenten oogpunt zou het beter zijn geweest als in art. 3 lid 3 referentiemodel de verwijzing naar art. 7:46a BW zou zijn vervangen door een omschrijving van de definitie van een overeenkomst op afstand. Een consument pleegt de wet er niet op na te slaan. Ook zou het vanuit consumenten oogpunt helderder zijn geweest als in het referentiemodel net als in de wet (art. 7:46d lid 1 BW) duidelijk zou zijn gemaakt dat de ontbinding zonder opgave van redenen kan geschieden. Een consument zou bij het lezen van het woord ontbinding wellicht op het verkeerde been kunnen worden gezet door te denken dat ontbinding alleen maar in geval van een tekortkoming in de nakoming mogelijk is of dat hij in ieder geval een reden voor de ontbinding moet opgeven. Interessanter is dat in het referentiemodel geen aandacht wordt besteed aan het feit dat het elektronisch sluiten van een internetabonnement waarop het referentiemodel ziet bijna altijd een gemengde overeenkomst is in de zin van art. 6:215 BW, te weten (i) een koop(overeenkomst) op afstand (in de zin van art. 7:46a sub b BW) bestaande uit het kopen (zo nodig op afbetaling) van een modem, en (ii) een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten (in de zin van art. 7:46a sub c BW) bestaande uit het verschaffen van internettoegang. Hoofregel bij een gemengde overeenkomst is dat de bepalingen voor elke soort overeenkomst naast elkaar van toepassing zijn (combinatietheorie). Het gevolg hiervan is volgens de wet dat de ontbindingstermijn voor eerstgenoemde overeenkomst begint te lopen op het moment dat de consument het modem heeft ontvangen (art. 7:46d lid 1 BW) en de ontbindingstermijn voor laatstgenoemde overeenkomst op het moment dat de overeenkomst tot stand is gekomen (art. 7:46i lid 1 jo. lid 6 jo. art. 7:46d lid 1 BW). Stel nu dat de overeenkomst op dag één tot stand komt (art. 3 lid 1 referentiemodel) en de internetaanbieder op dezelfde dag de 'overeenkomst bevestigt' (om maar de woorden van art. 3 lid 3 referentiemodel te gebruiken). Stel vervolgens dat de consument het modem pas op dag drie ontvangt. Volgens het

7 Zie over toepasselijkheid met name de art. 6:217, 6:231 sub c en 6:232 BW, relativerend HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 (Petermann/Frans Maas) en strenger T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. Leiden, proefschrifteditie) (Serie Recht en Praktijk nr. 152, handelseditie), Deventer: Kluwer 2007.

8 Zie over vernietiging met name art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 BW en relativerend HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (Geurtzen/Kampstaal); Rb. Rotterdam 5 december 2002, KG 2003, 15 (Netwise/NTS) en T.J. de Graaf, 'Noot bij Rechtbank Rotterdam 5 december 2002 (Netwise/NTS)', JAVI februari 2003-1, p. 18-20, alsmede Rb. Haarlem 29 augustus 2007, NJF 2008, 42 (Marijnontwerp). Zie over de verplichting van de rechter tot ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden ten faveure van consumenten recentelijk HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201 (Mostaza Claro/Centro Movil), zij het dat ik me afvraag of de Nederlandse rechter verplicht is art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 BW ambtshalve te toetsen omdat die uitspraak en de bevoegdheid van het HvJ EG zijn gegrond op de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (1993/13/EEG) en die richtlijn (voornamelijk) ziet op de inhoud van algemene voorwaarden en niet de toepasselijkheid daarvan.

9 *Kamerstukken I* 2003/04, 28197 C, p. 18-19 (MvA) en H.P.A.K. Martius, 'Algemene voorwaarden e-commerce', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden* (Serie Recht en Praktijk nr. 143), Deventer: Kluwer 2006, p. 399-402.

referentiemodel begint de ontbindingstermijn ook ten aanzien van het modem te lopen op dag één (art. 3 lid 3 referentiemodel), terwijl volgens de wet de ontbindingstermijn ten aanzien van het modem begint te lopen op dag drie (art. 7:46d lid 1 BW). Dit verschil in het moment waarop de ontbindingstermijn gaat lopen heeft tot gevolg dat in bepaalde gevallen de contractuele ontbindingstermijn al wel is verstreken, maar de wettelijke nog niet. Waar leidt dit toe in het geval de consument de koop op afstand met betrekking tot het modem (maar niet de overeenkomst op afstand met betrekking tot de internettoegang) wil ontbinden nadat de contractuele ontbindingstermijn, maar voordat de wettelijke termijn is verstreken?¹⁰ Strikt genomen is de consument niet gebonden aan het betreffende beding in het referentiemodel dat hem deze ontbindingsmogelijkheid ontnemt als (i) de consument het beding vernietigt ex art. 7:46d lid 1 jo. art. 7:46j lid 1 jo. art. 3:40 lid 2 BW (aannemende dat deze wetsbepalingen uitsluitend strekken ter bescherming van de consument), of (ii) de rechter het beding desgevraagd of zelfs ambtshalve nietig verklaart.¹¹ Als het goed is valt de consument in al deze gevallen terug op het wettelijk regime. De (retorische) vraag is echter of de consument zich van die mogelijkheden bewust is en of hij door art. 3 lid 3 referentiemodel niet wederom op het verkeerde been wordt gezet. Het zou fraaier zijn geweest als in het referentiemodel meteen onderscheid zou zijn gemaakt tussen de koop op afstand en de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten.

Overigens komt het vaker voor dat geen aandacht wordt besteed aan de gevolgen van het feit dat op een overeenkomst meer dan één wettelijke regeling van toepassing is. Men denke bijvoorbeeld aan de zaak *HCC/Dell*.¹² In dat arrest oordeelt het hof dat Dell de consument niet kan verplichten meer dan de helft van de prijs vooruit te betalen. Als de consument door bij Dell een pc te kopen uitsluitend hardware zou kopen, dan is het oordeel juist (art. 7:26 lid 2 jo. art. 7:5 lid 1 jo. art. 7:6 lid 1 jo. lid 2 jo. art. 6:233 sub a jo. art. 6:240 lid 1 BW). Echter, de 'verkoop' bestaat (vrijwel) altijd uit een consumentenkoop (ex art. 7:5 lid 1 BW) met betrekking tot de hardware en een (sub)licentieovereenkomst met betrekking tot de op die hardware geïnstalleerde (OEM) software. (Sub)licentieovereenkomsten als deze zijn mijns inziens niet te kwalificeren als consumentenkoopovereenkomsten (ook niet via de schakelbepaling art. 7:47 BW).¹³ Dat betekent dat het verbod meer dan de helft van de prijs vooruit te laten betalen zich niet uitstrekt tot de waarde van de licenties. Anders gezegd, het bedrag dat Dell maximaal vooruit mag laten betalen is 50% van de prijs voor de hardware (verbod ex art. 7:26 lid 2 BW heeft betrekking op hardware) plus 100% van de prijs voor de software (verbod ex art. 7:26 lid 2 BW heeft geen betrekking op software). Het aldus berekende bedrag is hoger dan 50% van de totale prijs (hard- en software). Dell mag dus eigenlijk meer vooruit laten betalen dan volgens het hof geoorloofd is.

5. Opzegging door de internetaanbieder

Bij de opzegebepaling in het referentiemodel (art. 4) is, net als in de modelbepalingen (art. 5), vooral opvallend wat er niet staat: de mogelijkheid voor de *internetaanbieder* om op te zeggen. Welke opzegmogelijkheid en opzegtermijn gelden in dat geval? Het is lastig op die vraag een eenduidig antwoord te geven. Onderscheid moet in ieder geval worden gemaakt

tussen de overeenkomst voor bepaalde tijd en die voor onbepaalde tijd, waarbij voor elk type overeenkomst relevant is of de overeenkomst als opdracht te kwalificeren valt of niet.¹⁴ Als de overeenkomst voor internettoegang voor bepaalde tijd wordt aangegaan en als een overeenkomst van opdracht gekwalificeerd wordt (art. 7:400 lid 1 BW), dan mag de internetaanbieder blijkens het regelende recht van art. 7:408 lid 2 BW de overeenkomst, behoudens gewichtige redenen, niet opzeggen. Als de overeenkomst voor internettoegang voor bepaalde tijd echter geen overeenkomst van opdracht is, dan kan de internetaanbieder de overeenkomst in beginsel niet opzeggen en is hij aangewezen op het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 e.v. BW).¹⁵ Als de overeenkomst voor internettoegang voor onbepaalde tijd wordt aangegaan en als een overeenkomst van opdracht gekwalificeerd wordt (art. 7:400 lid 1 BW), dan mag de internetaanbieder blijkens het regelende recht van art. 7:408 lid 2 BW de overeenkomst opzeggen. Als de overeenkomst voor internettoegang voor onbepaalde tijd echter geen overeenkomst van opdracht is, dan geldt dat die overeenkomst op grond van de aanvullende op beperkende werking van de

- 10 Bijvoorbeeld omdat de internetaanbieder twee modems voor dezelfde prijs aanbiedt en de consument bij nader inzien toch liever het andere modem wil.
- 11 Zie recentelijk HvJ EG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201 (*Mostaza Claro/Centro Movil*) voor de verplichting van de rechter tot ambtshalve toetsing van contractuele bedingen in algemene voorwaarden onder het regime van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (1993/13/EEG). Mij lijkt aannemelijk dat de rechter in dit geval eveneens verplicht is ambtshalve te toetsen, omdat de bewuste wetsartikelen waarmee het betreffende beding in het referentiemodel op gespannen voet staan eveneens een Europese consumentenbeschermende oorsprong hebben, te weten de Richtlijn koop op afstand (1997/7/EEG).
- 12 Hof 's-Gravenhage 6 juli 2004, *NJ* 2004, 483 (*HCC/Dell I*). Zie ook Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Computerrecht* 2005, 43, p. 266-285, m.nt. Westerdijk (*HCC/Dell II*).
- 13 Mijns inziens is een zodanige overeenkomst een *sui generis*-overeenkomst, zie T.J. de Graaf, 'Automatisering, aansprakelijkheid en verzekering', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer* (Serie Recht en Praktijk nr. 36), Deventer: Kluwer 2004, p. 123-127. Thole meent dat sprake is van huur ex (thans) art. 7:201 BW, E.P.M. Thole, *Software, een 'novum' in het vermogensrecht. Beschouwingen over de positie van het auteursrecht op software in het vermogensrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 165-166. Anderen menen wel dat sprake is van koop, zie bijvoorbeeld P. Kleve & R.V. de Mulder, 'De juridische status van software', *NJB* 1989-37, p. 1342-1345; F.A.M. van der Klaauw-Koops, 'Risico's en aansprakelijkheid. Koop en produktaansprakelijkheid gelden ook voor programmatuur', in: H. Franken (red.), *Dossier Onderneming & Automatisering* (Serie Dossier over Onderneming, Financiën en Recht), 's-Hertogenbosch: Uitgeverij Account/Advies B.V. 1993, p. 96-100; en E.D.C. Neppelenbroek, 'De aanschaf van standaardsoftware en de toepasselijkheid van het kooprecht', *VrA* 2005-2, p. 4-28.
- 14 Allen bepleit voor de mobiele telefonieabbonementen dat die overeenkomsten geen overeenkomst van opdracht zijn, zie J.J. Allen, 'De consument en de opmars van de mobiele telefonie. De opzegmogelijkheden van mobiele telefonie-abbonementen nader getoetst', *TvC* 1999, p. 153-161 en zou voor overeenkomsten voor internettoegang wellicht hetzelfde willen betogen. Siemerink bepleit dat een ISP-overeenkomst deels een overeenkomst van opdracht is, zie L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten* (diss. Leiden, proefschrifteditie) (Serie Recht en Praktijk nr. 149, handelseditie), Deventer: Kluwer 2007, p. 88-90.
- 15 HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439 (*Mondial/Calanda*).

redelijkheid en billijkheid door de internetaanbieder kan worden opgezegd (art. 6:248 BW).¹⁶

Hoe men de overeenkomst ook kwalificeert en of de overeenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd wordt aangegaan, een concrete opzegtermijn voor de internetaanbieder wordt door wet noch Hoge Raad gegeven. Alleen al omwille van de rechtszekerheid zou het beter zijn geweest de opzegmogelijkheid en opzegtermijn voor de internetaanbieder meteen in het referentiemodel te verwerken. Gezien art. 6:237 sub I BW is het verstandig de opzegtermijn van de internetaanbieder parallel te laten lopen met die van de consument.

6. Opzegging door de consument

De opzegmogelijkheden voor de *consument* zijn wel in het referentiemodel opgenomen: één maand voor het einde van de overeenkomst bij overeenkomsten voor bepaalde tijd en één maand bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd (art. 4 lid 2). Laten we deze bepaling eens langs de dwingendrechtelijke meetlat leggen.

De wet bepaalt dwingendrechtelijk dat een consument een overeenkomst van opdracht te allen tijde kan opzeggen (art. 7:408 lid 1 jo. art. 7:413 lid 2 BW). De wet bepaalt ook dwingendrechtelijk dat een beding in algemene voorwaarden dat de consument aan een opzegtermijn bindt die langer is dan drie maanden (of volgens het initiatiefwetsvoorstel van de kamerleden Crone en Van Dam¹⁷ één maand) 'of langer dan de termijn waarop de gebruiker de overeenkomst kan opzeggen' wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:233 sub a jo. art. 6:237 sub I jo. art. 6:246 BW).

De opzegtermijn in het referentiemodel bij overeenkomsten voor *onbepaalde tijd* is keurig in overeenstemming met beide regelingen. Lastiger te beantwoorden is de vraag of de opzegtermijn die volgens het referentiemodel bij overeenkomsten voor *bepaalde tijd* in acht moet worden genomen, in overeenstemming is met die regelingen. Door te bepalen dat de opzegtermijn geldt tegen het einde van de duur, geldt bij een overeenkomst van bijvoorbeeld één jaar een opzegtermijn van minimaal één maand (als de consument aan het einde van de elfde maand opzegt) en maximaal twaalf maanden minus één dag (als de consument op de eerste dag opzegt).

Als de overeenkomst voor internettoegang kwalificeert als een overeenkomst van opdracht, dan prevaleert het dwingendrechtelijke art. 7:408 lid 1 jo. art. 7:413 lid 2 BW boven de opzeggeregeling in het referentiemodel en kan de consument de overeenkomst te allen tijde opzeggen.¹⁸ De consument is in dat geval niet gehouden schadevergoeding te betalen aan de internetaanbieder (art. 7:408 lid 3 jo. art. 7:413 lid 1 BW), maar de consument is wel verplicht de internetaanbieder de onkosten te vergoeden die aan de uitvoering van de opdracht verbonden zijn voor zover deze niet in het loon zijn inbegrepen (art. 7:406 lid 1 BW).

Als de overeenkomst voor internettoegang niet kwalificeert als een overeenkomst van opdracht, dan dient te worden bedacht dat bij de toetsing aan de onredelijk bezwarendheidstoets uitsluitend omstandigheden van vóór of bij het sluiten van de overeenkomst mogen worden meegewogen (inhoudstoetsing van art. 6:233 sub a BW).¹⁹ Beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van vóór of bij het sluiten van de overeenkomst, is de opzegtermijn in het referentiemodel niet *per definitie* langer dan drie maanden (art. 6:233 sub a jo. art. 6:237 sub I jo. art. 6:246 BW) (of één maand

volgens het initiatiefwetsvoorstel van de kamerleden Crone en Van Dam). Wel kunnen de omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen met zich meebrengen dat de opzeggeregeling in het referentiemodel niet van toepassing is voor zover²⁰ dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (uitoefeningstoetsing van art. 6:248 lid 2 BW).

Wat minder dogmatisch geredeneerd kan uit art. 6:237 sub k BW (dat bepaalt dat een beding 'dat voor een overeenkomst als bedoeld in artikel 236 onder j een duur bepaalt van meer dan een jaar,' vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn, 'tenzij de wederpartij de bevoegdheid heeft de overeenkomst telkens na een jaar op te zeggen') *a contrario* – hoe gevaarlijk dat soort redeneringen doorgaans ook zijn – worden afgeleid dat de consument contractueel kan worden belet gedurende het eerste jaar op te zeggen.

Dat het referentiemodel tot stand is gekomen in overleg met de Consumentenbond biedt eveneens tegenwicht tegen de stelling dat de opzeggeregeling in het referentiemodel niet door de beugel kan.

Hoe het ook zij, de opzeggeregeling die volgens het referentiemodel van toepassing is op overeenkomsten voor bepaalde tijd strookt met de economische realiteit bij overeenkomsten voor internettoegang. Net zoals dat bij mobiele telefonie-overeenkomsten de consument een mobiele telefoon 'cadeau' krijgt, krijgt de consument bij overeenkomsten voor internettoegang vaak een modem en vaak ook nog andere hard- en software 'cadeau'. In feite koopt/licentieert de consument die hard- respectievelijk software en is de koop prijs respectievelijk de licentievergoeding van deze hard- en software verdisconteerd in de maandelijkse abonnementsvergoeding. Als de consument een overeenkomst voor internettoegang voor bepaalde tijd te allen tijde zou kunnen opzeggen, zonder dat hij nadien nog enige vergoeding zou hoeven betalen, dan zou de verstrekte hard- en software nog niet in zijn geheel zijn betaald en zou de internetaanbieder dus met een behoorlijke schadepost blijven zitten. Dat kan niet de bedoeling zijn.

Om te voorkomen dat de internetaanbieder met een schadepost blijft zitten, kunnen verschillende juridische mogelijkheden worden aangedragen.

- 16 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (*Vereniging voor de Effectenhandel/CSM*), A.E.M. van der Putt-Lauwers, 'Opzegging en annulering – contracten zijn van tijdelijke makelij', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginnelen van contractenrecht: opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1121-126 en A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 310-311.
- 17 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 520, nr. 5 herdruk, p. 2 (Voorstel van wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State).
- 18 G.P.J. de Vries, 'Dienstverlening: de overeenkomst van opdracht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2006, p. 170-172.
- 19 Dit komt omdat art. 6:233 sub a BW een vernietigingsgrond behelst en vernietigingsgronden naar hun aard slechts op omstandigheden van vóór of bij het sluiten van de overeenkomst betrekking hebben, zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 358.
- 20 Proportionele derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, zie art. 6:248 lid 2 BW (de woorden 'voor zover') en voor een toepassing van die woorden HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

Ten eerste kan worden betoogd dat de overeenkomst voor internettoegang geen overeenkomst van opdracht is en de consument dus ingevolge art. 4 lid 2 referentiemodel vast zit aan de resterende duur van de overeenkomst.

Ten tweede kan met goedvinden van de toetsingscommissie (TC) in de algemene voorwaarden (er nog steeds van uitgaande dat geen sprake is van een overeenkomst van opdracht), een regeling worden opgenomen op grond waarvan de consument weliswaar het recht heeft de overeenkomst eerder dan tegen het einde van initiële contractsduur op te zeggen, maar hij dan wel verplicht is de abonnementsvergoedingen te betalen tot het moment waarop de initiële contractsduur normaliter zou verstrijken. Dat lijkt mij 'een redelijke vergoeding voor door de internetaanbieder geleden verlies of gederfde winst' (en aldus te worden toegestaan door art. 6:237 sub I BW).

Ten derde kan worden aangevoerd dat als de overeenkomst wel als een overeenkomst van opdracht te kwalificeren valt, de consument de overeenkomst weliswaar te allen tijde mag opzeggen (art. 7:408 lid 1 jo. art. 7:413 lid 2 BW), maar dat de eventueel in acht genomen opzegtermijn, de onkostenvergoeding (art. 7:408 lid 3 jo. art. 7:406 lid 1 BW) en/of het naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon (art. 7:411 jo. art. 7:413 lid 2 BW) zodanig dienen te zijn dat de consument in ieder geval de koopprijs en de licentievergoeding voor de verstrekte hard- respectievelijk software zal hebben betaald op het moment dat de overeenkomst eindigt.²¹

7. Wijzigingsbevoegdheid

Uit art. 7 lid 1 referentiemodel volgt dat de internetaanbieder gerechtigd is de overeenkomst te wijzigen. De vraag rijst of de wijzigingsbevoegdheid van art. 7 lid 1 referentiemodel in strijd is met art. 6:237 sub c BW. Art. 6:237 sub c BW bepaalt dat vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn een beding dat de internetaanbieder de bevoegdheid verleent 'een *prestatie* te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden' (cursivering, TG). Strikt genomen valt een beding waarmee algemene voorwaarden eenzijdig kunnen worden gewijzigd niet onder de werkingssfeer van art. 6:237 sub c BW, omdat door middel van dat beding niet de *prestatie*, maar enkel de voorwaarden worden gewijzigd.²² En als art. 7 lid 1 referentiemodel wel in strijd zou zijn met art. 6:237 sub c BW, dan kan worden gewezen op het feit dat art. 7 lid 2 referentiemodel een soortgelijke bescherming biedt als de laatste zinsnede van art. 6:237 sub c BW ('tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden'). Art. 7 lid 2 referentiemodel bepaalt namelijk dat de consument de overeenkomst kosteloos mag beëindigen als de wijziging objectief ten nadele van de consument strekt. Gezien deze soortgelijke bescherming is art. 7 referentiemodel mijns inziens niet in strijd met art. 6:237 sub c BW (althans zal de internetaanbieder er in de regel in slagen te bewijzen dat art. 7 referentiemodel niet onredelijk bezwarend is). Ik spreek van 'soortgelijke bescherming', omdat art. 7 referentiemodel niet helemaal langs de lijnen van art. 6:237 sub c BW is geredigeerd. Waar art. 6:237 sub c BW het hiervoor gememoreerde beding billijkt als de consument in dat geval de overeenkomst mag *ontbinden*, kent art. 7 referentiemodel de consument 'slechts' het recht toe de overeenkomst te *beëindigen*. Beëindiging is een overkoepelende term voor alle

vormen waarmee een overeenkomst kan worden beëindigd. Daarbij moet met name worden gedacht aan vernietiging wegens wilsgebreken, opzegging en ontbinding. Vernietiging heeft terugwerkende kracht, opzegging kan in de regel zonder reden en betreft uitsluitend de toekomst, en ontbinding leidt tot ongedaanmakingsverbintenissen.

Eerlijk gezegd begrijp ik niet waarom het referentiemodel voor beëindiging kiest. Niet duidelijk is op welke beëindigingsvorm gedoeld wordt en dus ook niet welke rechtsgevolgen de beëindiging heeft. Moet beëindiging worden gelezen als ontbinding zodat art. 7 referentiemodel in de pas loopt met art. 6:237 sub c BW? Of dient beëindiging te worden gelezen als opzegging, waarbij aansluiting wordt gezocht bij de soortgelijke regeling in art. 7:940 lid 4 BW (verzekeringsrecht)? Art. 7:940 lid 4 BW bepaalt dat de verzekeringnemer de overeenkomst mag opzeggen als de verzekeraar de voorwaarden ten nadele van de verzekeringnemer wijzigt. Ik zou zeggen dat met beëindiging in de zin van art. 7 referentiemodel opzegging wordt bedoeld. Art. 7 referentiemodel lijkt immers het meest op art. 7:940 lid 4 BW (dat ook spreekt over een wijziging van de *voorwaarden* ten nadele van de wederpartij) en in mindere mate op art. 6:237 sub c BW (dat spreekt over een wezenlijk andere *prestatie*). Daarbij komt dat ontbinding in dit geval (zoals in veel gevallen) tot complicaties leidt die ik liever zou willen vermijden. Moet de consument die in geval van een voorwaardenwijziging de overeenkomst ontbindt 'zijn' modem teruggeven ex art. 6:271 BW? En welke waardevergoeding treedt in de plaats voor de genoten internettoegang, een prestatie die naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt en waarvoor ex art. 6:272 BW een waardevergoeding in de plaats treedt?²³

Verder bepaalt het referentiemodel in art. 7 lid 2 BW dat de internetaanbieder de consument bij de mededeling van de wijziging de mogelijkheid biedt om de overeenkomst te beëindigen. Niet duidelijk is hoe lang de consument daarvoor de tijd krijgt. Het zou eenvoudiger zijn geweest dat meteen te bepalen, bijvoorbeeld door in het referentiemodel analoog aan art. 7:940 lid 4 BW (maar wel wat strenger) te bepalen dat de consument de overeenkomst in dat geval gedurende één maand nadat de wijziging hem is medegedeeld op mag zeggen.

8. Ontbinding

Het referentiemodel bepaalt in art. 9 lid 3 dat de consument

21 Vergelijk voor de communicerende vaten van opzegtermijn en schadevergoeding bij opzegging van distributieovereenkomsten in een verhouding tussen professionele partijen met name HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (*Mattel/Borka*).

22 R.H.C. Jongeneel, 'De grijze lijst', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden* (Serie Recht & Praktijk nr. 143), Deventer: Kluwer 2006, nr. 12.4 en 12.18 met twee kanttekeningen: (i) in sommige gevallen komt wijziging van de voorwaarden neer op wijziging van de prestatie, en (ii) als sprake is van een algemene bevoegdheid algemene voorwaarden te wijzigen ligt, gezien de aard van de te toetsen omstandigheden, een uitoefeningstoetsing ex art. 6:248 lid 2 BW meer voor de hand dan een inhoudstoetsing ex art. 6:233 sub a BW.

23 Zie voor eerder commentaar op de gevolgen van art. 6:272 BW mijn noten bij Rb. 's-Hertogenbosch 13 april 2005, *Computerrecht* 2006, 9, p. 52-54 (*Steinz/Kluwer*), Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, *Computerrecht* 2006, 72, p. 164-166 (*OGP/Van Mierlo*) en Rb. Utrecht 30 mei 2007, *Computerrecht* 2007, 147, p. 242-244 (*Kwettters/Profuse*).

de overeenkomst pas mag ontbinden als de internetaanbieder een verplichting uit de overeenkomst niet nakomt, de consument de internetaanbieder in gebreke heeft gesteld en nakoming binnen de aangezegde redelijke termijn is uitgebleven. Bij dit soort bepalingen vraag ik me altijd af of partijen bedoeld hebben het regelende recht vervat in art. 6:83 BW (en misschien ook wel art. 6:80 BW) buiten werking te stellen. Neem bijvoorbeeld de volgende situatie. De internetaanbieder zegt toe dat de consument voor 1 januari 2008 het internet op kan. De consument kan op 1 januari 2008 echter niet het internet op. Moet de consument de internetaanbieder dan alsnog een redelijke termijn geven waarbinnen de internetaanbieder ervoor moet zorgen dat de consument het internet op kan? Of is het verzuim op 1 januari 2008 ex art. 6:83 sub a BW zonder ingebrekestelling ingetreden en is de consument op 1 januari 2008 gerechtigd de overeenkomst ex art. 6:265 BW te ontbinden? Doordat het referentiemodel bepaalt dat de consument 'echter pas' mag ontbinden als hij de internetaanbieder in gebreke heeft gesteld en nakoming binnen de aldus gestelde redelijke termijn is uitgebleven, moet de consument de internetaanbieder in het hiervoor geschetste geval mijns inziens alsnog in gebreke stellen. In dat licht is de ontbindingsregeling dus erg gunstig voor de internetaanbieders.

Ook bepaalt het referentiemodel in art. 9 lid 3, net als de modelbepalingen, dat de consument mag ontbinden, 'tenzij de tekortkoming gezien haar geringe betekenis de ontbinding niet rechtvaardigt'. Kennelijk is aansluiting gezocht bij art. 7:22 lid 1 sub a BW, waar een soortgelijke tenzij-formule wordt gebruikt, en niet bij art. 6:265 lid 1 BW, waar de tenzij-formule luidt 'tenzij de tekortkoming, gezien haar *bijzondere aard* of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'²⁴ (cursivering, TG). De vraag is voor welke tenzij-formule het beste kan worden gekozen. Ook hier wrekt zich dat de overeenkomst voor internettoegang uit meerdere delen bestaat. Voor het kopen van het modem geldt in ieder geval 7:22 lid 1 sub a BW (dwingend recht ingevolge art. 7:6 lid 1 BW en verbijsondering van art. 6:265 lid 1 BW). Voor het verlenen van internettoegang geldt art. 6:265 lid 1 BW.

Welke ontbindingsregeling geldt als de consument de overeenkomst wil ontbinden: die van art. 7:22 lid 1 sub a BW of die van art. 6:265 BW? Gezien het feit dat een overeenkomst voor internettoegang voor het overgrote gedeelte bestaat uit het verlenen van internettoegang en voor een klein gedeelte uit het verkopen van het modem, ligt absorptie van art. 7:22 BW door art. 6:265 BW in beginsel voor de hand. Los van het antwoord op de vraag of absorptie al dan niet in strijd is met de combinatietheorie, zoals neergelegd in art. 6:215 BW,²⁵ behoort absorptie niet tot de mogelijkheden, omdat art. 7:22 BW blijkens art. 7:6 lid 1 BW van dwingend recht is en wat betreft het koopgedeelte dus niet door middel van absorptie buiten werking kan worden gesteld.

Het referentiemodel draait de zaak om door art. 7:22 lid 1 sub a BW art. 6:265 lid 1 BW te laten absorberen. Gezien het ondergeschikte karakter van de koop is dat misschien niet de meest voor de hand liggende oplossing, maar praktisch gezien wel de beste. Het is niet alleen voor de internetaanbieder lastig de overeenkomst voor internettoegang te ontleden in verschillende delen en voor elk ontleed gedeelte te bepalen welk ontbindingsregime van toepassing is, voor de consument is (net als bij de keuze voor de juiste geschillencommissie in

geval van een gecombineerd internet- en VoIP-abonnement, zie hierna) lastig te bepalen welk regime hij in geval van een tekortkoming moet kiezen.

Of de internetaanbieder rouwig moet zijn om het verlies van de escape 'bijzondere aard' vraag ik me af. De 'bijzondere aard'-uitzondering heeft maar een beperkte betekenis.²⁶ De uitzondering is in geval van een overeenkomst voor internettoegang wellicht relevanter dan bij andersoortige overeenkomsten. De bijzondere aard van internettoegang door middel van (A)DSL brengt bijvoorbeeld voor de internetaanbieder een verregaande afhankelijkheid mee van de eigenaar van de *local loop* en overige deelnemers aan het netwerk. Als het internet er bijvoorbeeld 'uit ligt' door problemen in de *local loop*, dan valt dit misschien wel onder de 'bijzondere aard', maar niet onder de 'geringe betekenis'. Dat dit voor de internetaanbieder wellicht overmacht oplevert, is voor de ontbindingsvraag overigens niet relevant. De consument mag ook ontbinden als de internetaanbieder in overmacht verkeert.²⁷ Toch bekruipt mij het gevoel dat ik spijkers op laag water aan het zoeken ben, zeker als we met Hijma²⁸ en Hartlief²⁹ menen dat de 'bijzondere aard' als een afsplitsing van de 'geringe betekenis' moet worden gezien respectievelijk de afwijking van art. 6:265 BW weinig om het lijf heeft.

9. Overmacht

Art. 10 lid 1 referentiemodel bepaalt ten eerste dat in geval van overmacht de verplichting van de internetaanbieder tot nakoming vervalt en ten tweede dat de opschorting voor de duur van de overmacht geldt. Ik begrijp niet waarom het referentiemodel dat bepaalt. Door overmacht gaan verbintenissen niet teniet, zelfs niet als sprake is van blijvende onmogelijkheid.³⁰ De internetaanbieder die een op hem rustende verbintenis ondanks overmacht nakomt, presteert/betaalt niet onverschuldigd. Toch bepaalt het referentiemodel dat de

24 Overigens werd de 'bijzondere aard'-uitzondering in art. 7:22 BW geschrapt bij de implementatie van de Richtlijn garanties voor consumptiegoederen 1999/44 omdat de richtlijn alleen de 'geringe betekenis'-uitzondering toestaat, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 9 en 23.

25 Voor het beantwoorden van die vraag moet eerst worden bepaald of de overeenkomst voor internettoegang als een overeenkomst van opdracht wordt gekwalificeerd. Art. 6:215 BW is immers alleen van toepassing als sprake is van 'twee of meer door de wet geregelde *bijzondere* overeenkomsten' (cursivering, TG).

26 Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2007, nr. 496.

27 T. Hartlief (*Verbintenissenrecht*), art. 6:265 BW, aant. 12 (bij t/m 1 augustus 2002); A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 514; en Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2007, nr. 495.

28 Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2007, nr. 496.

29 T. Hartlief (*Verbintenissenrecht*), art. 6:265 BW, aant. 7 (bij t/m 1 augustus 2002).

30 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 488 (MvA II) en A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II*. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 373.

verplichting tot nakoming vervalt in geval van overmacht. Hoe het ook zij, als we met het referentiemodel aannemen (of afwijkend van regeland recht bepalen) dat die verplichting vervalt, dan is onbegrijpelijk dat het referentiemodel even later bepaalt: 'De opschorting geldt voor de duur van de overmacht.' Een vervallen verplichting bestaat niet meer en kan daarom ook niet worden opgeschort.

Tekortkomingen in de nakoming door de internetaanbieder als gevolg van uitval van stroomvoorziening aan zijn zijde en tekortkomingen in het netwerk van een derde *kunnen* gevallen van overmacht zijn, aldus art. 10 lid 2 referentiemodel. Wat wordt met *kunnen* bedoeld? Kunnen in de zin van 'kan, maar hoeft niet' en dus slechts als de stroomuitval of de tekortkoming in het netwerk van de derde in de woorden van Hartkamp een gevolg is van 'een voorval dat hij redelijkerwijze niet heeft moeten en kunnen voorkomen en waarvan hij de gevolgen niet heeft moeten en kunnen verhinderen en dat ook overigens niet voor zijn risico komt (...)'³¹ Of maken de stroomuitval en de tekortkoming in het netwerk van de derde deel uit van een niet-limitatieve opsomming van omstandigheden die in ieder geval als overmacht kwalificeren? Meestal wordt in deze markt het laatste bedoeld en daar ga ik dan maar van uit.

10. Aansprakelijkheid

De internetaanbieder is blijkens art. 11 lid 1 referentiemodel jegens de consument aansprakelijk voor schade 'in geval van een toerekenbare tekortkoming (...) voor zover de wet dat bepaalt.' Ik heb veel moeite met het voor velen onlosmakelijk met elkaar verbonden woordenpaar 'toerekenbare tekortkoming'. Het druist immers in tegen het wettelijk systeem van art. 6:74 lid 1 BW: '(...) tekortkoming (...) verplicht de schuldenaar de schade (...) te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.' Het woord 'tenzij' leidt tot een bewijslastomkering. De schuldeiser moet de tekortkoming bewijzen, de schuldenaar overmacht. Hoe moet worden omgaan met contractuele bepalingen die desondanks spreken over toerekenbare tekortkomingen? Wordt daarmee beoogd de wettelijke bewijslastverdeling om te keren, zodat de consument niet alleen moet bewijzen dat sprake is van een tekortkoming, maar ook dat die tekortkoming aan de internetaanbieder kan worden toegerekend? In dat geval is art. 11 lid 1 referentiemodel in strijd met art. 6:236 sub k BW dat een zodanig bewijslastomkerend beding met zoveel woorden verbiedt.³² Of hebben partijen toch geen bewijslastomkering beoogd? Voorlopig ga ik maar uit van dat laatste.

De aansprakelijkheidsbeperking bevat een *de minimis* van € 10 (met vergoeding van dit drempelbedrag bij overschrijding daarvan), een *cap per event* van twee keer het jaarabonnement, een *global cap* van vier keer het jaarabonnement alsmede een uitsluiting van aansprakelijkheid voor 'schade die het gevolg is van het missen van gegevens omdat de dienst niet door de Consument is ontvangen (...) en schade 'die het gevolg is van gegevens die via het netwerk zijn getransporteerd', zie art. 11 lid 3, 4 en 5 referentiemodel. Van deze beperking kun je vinden wat je wilt, de Consumentenbond en de overige deelnemers aan het overleg bereikten daarover geen overeenstemming. In die discussie meng ik mij niet. Mijn aandacht gaat weer uit naar het eerste lid, dat uitsluitend spreekt over 'toerekenbare tekortkoming', terwijl in de ove-

rige leden niet duidelijk wordt gemaakt of zij op contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid betrekking hebben. Betekent dit, gezien de duidelijkheid in het eerste lid en de onduidelijkheid in de overige leden van art. 11, dat de aansprakelijkheidsbeperking uitsluitend ziet op (toerekenbare) tekortkomingen en door de internetaanbieder dus niet kan worden ingeroepen als zijn schadeveroorzakend handelen naast een (toerekenbare) tekortkoming *tevens*³³ een onrechtmatige daad oplevert? Hartkamp zou menen van wel, Krans van niet.³⁴ Voor de internetaanbieder zou het prettiger zijn geweest als het referentiemodel zou hebben bepaald dat de aansprakelijkheidsbeperkingen gelden ongeacht de rechtsgrond waarop aansprakelijkheid wordt gebaseerd.

Verder is het niet ongebruikelijk de zaak- en letselschade en de daaruit voortvloeiende schade aan een hoger maximum te onderwerpen dan de aansprakelijkheid voor de overige schade. De consument zou erbij gebaat zijn als een zodanige aansprakelijkheidsbeperking aan het referentiemodel zou zijn toegevoegd. De internetaanbieder zou er vermoedelijk ook niet zoveel moeite mee hebben. De kans dat de consument bij een overeenkomst voor internettoegang dat soort schades lijdt, is klein (in vergelijking met zuivere vermogensschade). De kans dat een aansprakelijkheidsbeperking bij dat soort schades houdt, is onderwerp van discussie (mede gezien het verbod op exoneraties bij consumentenkoop (art. 7:6 lid 1 BW en art. 7:24 lid 1 BW³⁵) en het vermoeden van onredelijk bezwarendheid (art. 6:237 sub f BW)), maar in ieder geval groter naarmate het volgens de aansprakelijkheidsbeperking te vergoeden bedrag hoger is.³⁶ Bovendien is de internetaanbieder voor dat soort schades in de regel toch verzekerd onder een AVB-polis.³⁷

Tot slot mis ik in het aansprakelijkheidsartikel een Himalaya-clausule waardoor met name de toeleveranciers van de internetaanbieder zich op de aansprakelijkheidsbeperking in art. 11 referentiemodel (of, breder nog, de verweermiddelen van de internetaanbieder) kunnen beroepen als de consument besluit deze toeleverancier al paardenspringend aan te spreken

31 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 344.

32 Zie ook B. Wessels, 'De zwarte lijst', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden* (Serie Recht & Praktijk nr. 143), Deventer: Kluwer 2006, nr. 11.19.

33 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2006, nr. 9 en de daar opgenomen jurisprudentie.

34 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2006, nr. 11 en HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290 (*Gemeente Groningen/erven Zuidema*). Anders: H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 63.

35 Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2007, nr. 85.

36 T.J. de Graaf, *Exoneraties in ICT-contracten tussen professionele partijen* (Meijers-reeks nr. 109) (diss. Leiden, proefschrifteditie) (Serie Recht en Praktijk nr. 141, handelseditie), Deventer: Kluwer 2006, p. 80-82.

37 T.J. de Graaf, *Exoneraties in ICT-contracten tussen professionele partijen* (Meijers-reeks nr. 109) (diss. Leiden, proefschrifteditie) (Serie Recht en Praktijk nr. 141, handelseditie), Deventer: Kluwer 2006, p. 137-139.

op grond van onrechtmatige daad.³⁸ De internetaanbieder is daarbij gebaat omdat door zo'n clausule de kans afneemt dat hij door zijn toeleverancier in vrijwaring wordt opgeroepen op het moment dat de consument besluit die toeleverancier in rechte te betrekken.

11. Geschillenregeling

De Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten is uitsluitend bevoegd om van een geschil tussen een consument en een internetaanbieder met betrekking tot internettoegang kennis te nemen als de Toetsingscommissie Elektronische Communicatiediensten (TC) de algemene voorwaarden van de internetaanbieder positief heeft beoordeeld. De TC zal de aan haar voorgelegde algemene voorwaarden toetsen aan 'de vraag of bedingen vanuit de Consument bezien materieel geen afbreuk doen aan de referentievoorzwaarden', hoofdstuk 7 Tw, de algemene voorwaarden afdeling 6.5.3 van het BW en de Wbp.³⁹ Wil een internetaanbieder zich kunnen aansluiten bij voornoemde geschillencommissie, dan zullen zijn algemene voorwaarden dus – vanuit de consument bezien – materieel geen afbreuk mogen doen aan het referentiemodel.

Gezien het feit dat aanbieders van openbare telefoondiensten (waaronder VoIP-aanbieders⁴⁰) zich ingevolge art. 12.1 Tw moeten aansluiten bij een van overheidswege erkende geschillencommissie, zal het me niet verbazen als internetaanbieders (in hun hoedanigheid van aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten) op grond van art. 12.1 Tw bij algemene maatregel van bestuur worden verplicht zich eveneens aan te sluiten bij een zodanige geschillencommissie. Als dat gebeurt, dan vraag ik me af of een internetaanbieder die zich op de markt van internetaanbieders bevindt of tot die markt wil toetreden niet feitelijk te maken heeft met een vorm van contractdwang.⁴¹ Natuurlijk is het zo dat er in theorie naast de Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten andere van overheidswege erkende geschillencommissies kunnen ontstaan en de internetaanbieder zich dus niet aan het referentiemodel hoeft te conformeren. In de praktijk lijkt het me echter onwaarschijnlijk, voor de consument onoverzichtelijk en ter vermijding van tegenstrijdige uitspraken onwenselijk dat er meerdere geschillencommissies in het leven worden geroepen.⁴²

Er (aldus) van uitgaande dat er één geschillencommissie is, de internetaanbieder door middel van een AMvB wettelijk verplicht wordt zich daarbij aan te sluiten en de internetaanbieder het referentiemodel moet hanteren, wordt de internetaanbieder door deze feitelijke contractdwang beperkt in zijn vrijheid met andere marktpartijen op algemene voorwaarden te concurreren. Eerlijk gezegd begrijp ik dat niet. Waarom zou de ene internetaanbieder zich niet mogen onderscheiden van zijn concurrent door een lagere prijs in rekening te brengen 'in ruil voor' voor de consument nadeligere algemene voorwaarden? En hoe verhoudt zich de positie van een toetredster op de markt van internetaanbieders tot die van de gevestigde orde die samen (achteraf gezien) als quasiwettgevers het referentiemodel hebben ontworpen en op welke formulering de nieuwe toetredster redelijkerwijs geen invloed meer kan uitoefenen en waarschijnlijk ook in de toekomst niet zal kunnen uitoefenen?⁴³ De bescherming van de consument dient mijns inziens te worden gevonden in het BW en de op basis daarvan gewezen rechtspraak, en niet in door middel

van (sectorspecifieke) feitelijke contractdwang van aan internetaanbieders op te leggen algemene voorwaarden.

Overigens heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken onlangs in een brief de Tweede Kamer geïnformeerd over de stand van zaken betreffende zijn eerdere aankondiging dat 'Economische Zaken aanbieders van voor de consument belangrijke elektronische communicatiediensten verplicht zich aan te sluiten bij een onafhankelijke geschillencommissie, voor zover zelfregulering hierin al niet voorziet'.⁴⁴ De staatssecretaris gaf aan dat KPN (waaronder onder andere Planet en HetNet) en @Home zich sinds 1 november 2007 hebben aangesloten bij de Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten, Green ISP (voorheen Speedling en Tiscali) zich op zeer korte termijn zal aansluiten en Orange en Casema naar verwachting binnen enkele weken aangesloten zullen zijn. Daarmee zou het grootste gedeelte van de internetmarkt zijn gedekt, aldus de staatssecretaris. Een verplichting voor internetaanbieders om zich aan te sluiten bij voornoemde geschillencommissie lijkt dus voorlopig van de baan, zij het dat de staatssecretaris een slag om de arm houdt waar hij aan het eind van zijn brief vermeldt dat hij in het eerste kwartaal van 2008 zal onderzoeken wat de dekkingsgraad is.

Verder vraag ik me af of met het referentiemodel het volgende doel is bereikt: '(...) het voorkomen dat consumenten met geschillen over verschillende diensten van één bedrijf op verschillende geschillencommissies zijn aangewezen.' Veel internetaanbieders bieden immers ook VoIP aan. Geschillen met betrekking tot VoIP moeten nu nog worden beoordeeld

38 Vergelijk voor een wettelijke Himalaya-clausule ten behoeve van werknemers art. 6:257 BW en in het vervoerrecht onder andere art. 8:363 BW. Zie over Himalaya-clausules in het vervoerrecht K.F. Haak & R. Zwitter, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer* (Sanders Instituut EUR nr. 21), Deventer: Kluwer 2003, p. 312-315 en in het ICT-recht T.J. de Graaf, 'Cliënt niet beter af met nieuwe FENIT-voorwaarden', *Contracteren* 2004-1, p. 19-20.

39 Zie bijlage 1 bij het referentiemodel, getiteld de Instructie voor de Toetsingscommissie Elektronische Communicatiediensten (TC).

40 Brief van OPTA aan KPN van 18 december 2006 (referentie OPTA/IPB/2006/203375) met betrekking tot 'de wettelijke plicht om zich ook voor de telecomdiensten Internetplusbellen en Slimbellen aan te sluiten bij de Geschillencommissie voor Telecommunicatie.'

41 Zie verder over contractdwang I.S.J. Houben, *Contractdwang* (Meijers-reeks nr. 88) (diss. Leiden, proefschrifteditie) (Serie Recht en Praktijk nr. 134, handelseditie), Deventer: Kluwer 2005.

42 Interessant is ook dat de OPTA in haar brief aan KPN van 18 december 2006 (referentie OPTA/IPB/2006/203375) KPN verplicht zich aan te sluiten bij de Geschillencommissie Telecommunicatie, terwijl het formeel beter zou zijn geweest KPN te verplichten zich aan te sluiten bij een van overheidswege erkende geschillencommissie en vervolgens te vermelden dat de enige thans erkende geschillencommissie de Geschillencommissie Telecommunicatie is. Wellicht mag daaruit worden afgeleid dat ook de OPTA het ontstaan van meerdere geschillencommissies niet reëel acht.

43 Het toetreden tot de Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten om aldus de voorwaarden te beïnvloeden lijkt geen soelaas te bieden. Immers, de toetredster kan blijkens de preambule van het referentiemodel pas tot het overleg toetreden als de toetsingscommissie (TC) zijn algemene voorwaarden positief heeft beoordeeld op basis van het referentiemodel dat de toetredster nu juist niet wenst te aanvaarden. En zelfs al treedt de toetredster tot het overleg toe, dan zal het voor hem uitermate lastig zijn substantiële wijzigingen erdoorheen te krijgen gezien het meerjarige overleg dat nodig was om het compromis tussen alle stakeholders tot stand te brengen.

44 Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 19 november 2007 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal bij de Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Economische Zaken (XIII) voor het jaar 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 XIII, nr. 40.

door de Geschillencommissie Telecommunicatie, geschillen met betrekking tot internettoegang door de Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten. Dit leidt niet alleen tot ingewikkelde forumkeuzeclausules bij internetaanbieders die ook VoIP aanbieden en één set voorwaarden willen gebruiken, het maakt het er voor de consument ook niet gemakkelijker op na te gaan bij welke geschillencommissie hij in geval van een geschil moet zijn. Hopelijk zal de convergentie van diensten ertoe leiden dat ook de daarop betrekking hebbende geschillencommissies convergeren (in dit geval de Geschillencommissie Telecommunicatie en de Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten).

12. Conclusie

Het bestaan van een Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten waardoor voorzien wordt in een laagdrempelige geschillenbeslechting valt op zich toe te juichen. Minder gelukkig ben ik met het feit dat internetaanbieders zich grotendeels aan het referentiemodel voor algemene voorwaarden voor internettoegang moeten conformeren willen zij zich bij die geschillencommissie kunnen aansluiten. Nog minder gelukkig word ik als internetaanbieders door middel van een AMvB zouden worden verplicht zich bij een geschillencommissie aan te sluiten en internetaanbieders dus feitelijk gedwongen worden het referentiemodel te gebruiken. Internetaanbieders wordt in dat geval de mogelijkheid ontnomen op voorwaarden te concurreren en gedwongen voorwaarden te hanteren die de gevestigde orde van internetaanbieders hen (achteraf gezien) als quasiwettgevers heeft gedicteerd. Gelukkig lijkt de Staatssecretaris van Economische Zaken voorlopig af te zien van een in de vorm van een AMvB

gegoten verplichting zich bij een geschillencommissie aan te sluiten waardoor deze situatie zou (kunnen) ontstaan. Inhoudelijk zijn de artikelen in het referentiemodel redelijk evenwichtig, praktisch en in overeenstemming met de economische realiteit. Op een aantal punten blijf ik desalniettemin kritisch. Zo wordt de consument beschermd door de internetaanbieder te verplichten altijd zijn algemene voorwaarden toe te sturen, maar staat die verplichting wel in de weg aan nieuwe manieren om overeenkomsten te sluiten (bijvoorbeeld via mobiel internet). Ook lijkt niet voldoende te zijn doordacht dat een overeenkomst voor internettoegang in de regel uit een consumentenkoopovereenkomst op afstand en een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten bestaat. Bij het artikel betreffende ontbinding in geval van een tekortkoming leidt dit waarschijnlijk niet tot problemen, bij het artikel betreffende ontbinding van overeenkomsten op afstand zonder reden lijkt de ontbindingstermijn echter niet altijd op het juiste moment te gaan lopen. Verder tast ik af en toe in het duister hoe bepaalde artikelen moeten worden geïnterpreteerd (Wat betekent beëindiging? Moet de consument de internetaanbieder altijd in gebreke stellen? Levert een tekortkoming in het netwerk van een derde altijd overmacht op?) en mis ik bepaalde artikelen (opzegging door de internetaanbieder, exonaties gelden ongeacht de rechtsgrond waarop aansprakelijkheid is gebaseerd, een Himalaya-clausule). Tot slot hoop ik dat de Geschillencommissie Telecommunicatie binnenkort samengaat met de Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten. Gezien de convergentie van onder andere internettoegang en VoIP valt aan een consument (bijna) niet uit te leggen voor welk geschil hij bij welke commissie moet zijn.