



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Rechtbank Assen (Kantonrechter) 2010-12-07, no. 295456
Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2011). Annotation: Rechtbank Assen (Kantonrechter) 2010-12-07, no. 295456. *Computerrecht*, 4, 227-231. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47298>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47298>

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

101

Rechtbank Assen (Kantonrechter) 7 december 2010, nr. 295456 \ CV EXPL 10-6058
(Mr. A.M.A.M. Kager)
m.nt. T.J. de Graaf¹

NJF 2011/124
LJN BO8188

Ontbinding van een gestelde, gesloten overeenkomst tot energielevering. Overeenkomst zou tot stand zijn gekomen na ongevaagd telefonisch te zijn benaderd. In de bevestigingsbrief is niet gemeld dat de overeenkomst kan worden ontbonden. Sprake van ongerechtvaardigde vrijking wat betreft de geleverde energie.

vonnis van de kantonrechter van 7 december 2010
in de zaak van
de besloten vennootschap Nederlandse Energie Maatschappij B.V.,
hierna te noemen: NEM,
gevestigd te Rotterdam,
eisende partij,
gemachtigde: AGC gerechtsdeurwaarders,
tegen
[Gedaagde],
hierna te noemen: [gedaagde],
wonende te [adres],
gedaagde partij,
procederende in persoon.

De procedure

De vaststaande feiten

De kantonrechter gaat uit van de volgende feiten, die vaststaan omdat ze niet of niet voldoende zijn betwist en/of blijken uit de in zoverre onweersproken gelaten inhoud van de overgelegde producties.

1. [gedaagde] had in 2008 een overeenkomst met Essent voor de levering van gas en elektra. Op een avond is hij gebeld door een medewerkster van de NEM.
2. NEM heeft op 22 april 2008 een brief verzonden naar [gedaagde] met als aanhef 'bevestiging overeenkomst'. In die brief is onder meer vermeld dat hij die welkomstbrief

ontvangt ter bevestiging van zijn overstap naar de NEM en is aangegeven wat de vervolgstappen zullen zijn.

3. Bij brief van 10 mei 2008 heeft Essent onder meer aan [gedaagde] gemeld dat hij helaas per 2 juni 2008 overstapt naar een andere energieleverancier.

4. Bij brief van 21 mei 2008 heeft Essent het volgende aan [gedaagde] geschreven:

'Meneer [gedaagde] heeft in het telefoongesprek met onze klantenservice op 16 mei 2008 aangegeven dat uw aanmelding ... bij NEM niet terecht is. Zoals ik in de brief van 19 mei 2008 heb aangegeven, heb ik NEM om een bevestiging gevraagd van deze onterechte aanmelding.

...
NEM geeft aan een contract met u te hebben ... en dit te kunnen aantonen. Op basis van deze informatie kan ik u, op dit moment, helaas niet opnieuw bij Essent aanmelden voor elektriciteit en gas. Indien u het niet eens bent met de uitspraak van de NEM, dan kunt u contact opnemen met de klantenservice van de NEM. Indien u opnieuw elektriciteit en gas wenst af te nemen van Essent kunt u een offerte aanvragen bij onze klantenservice. (...'

5. Bij brief van 11 augustus 2008 heeft Essent [gedaagde] bedankt voor zijn aanmelding bij haar en medegedeeld dat zijn overstap naar Essent omstreeks 20 augustus 2008 in zal gaan.

6. NEM heeft op 8 augustus 2008 een voorschotfactuur ad € 153,00 en op 5 september 2008 een eindafrekening ten bedrage van € 288,92 aan [gedaagde] verzonden.

7. NEM heeft van 2 juni tot en met 19 augustus 2008 gas en elektra aan [gedaagde] geleverd. De kosten daarvan bedragen volgens de eindafrekening respectievelijk € 90,95 en € 66,33 exclusief 19% BTW.

8. [gedaagde] heeft meerdere malen telefonisch contact met de klantenservice van NEM opgenomen. Die gesprekken waren niet plezierig.

De vordering en het verweer

9. NEM vordert betaling van € 554,11, vermeerderd met de wettelijke rente over € 441,92 vanaf 13 juli 2010, alsmede van de proceskosten. Het bedrag ad € 554,11 bestaat uit de onbetaald gebleven facturen ad € 153,00 en € 288,92, een bedrag groot € 37,19 aan berekende, vervallen rente tot 13 juli 2010 en € 75,00 aan incassokosten.

NEM stelt dat [gedaagde] gehouden is tot betaling van haar facturen. Er is in april 2008 een overeenkomst tot energielevering gesloten en er is ook energie door haar geleverd. Omdat [gedaagde] de overeenkomst tussentijds heeft beëindigd kan zij tevens aanspraak maken op een opzegvergoeding van € 105,04 exclusief BTW per product. Aanspraak op vergoeding van rente en incassokosten bestaat omdat [gedaagde], ondanks aanmaningen, in gebreke is gebleven tot betaling. Subsidiar baseert NEM haar vordering op onverschuldigde betaling.

10. [gedaagde] heeft verweer gevoerd. Daarop zal bij de beoordeling nader worden ingegaan.

¹ Tycho de Graaf is redacteur van dit tijdschrift en dankt Rob van Esch en Danielle Sampermans voor hun commentaar op een eerdere versie van deze noot.

De beoordeling

11. [gedaagde] ontkent dat hij een overeenkomst met NEM heeft gesloten. Hij heeft bij het telefoongesprek allerlei vragen beantwoord, maar er is volgens hem geen overeenkomst tot stand gekomen. Door de medewerkster zou zijn gezegd dat er geen contract was als ze binnen een week niets van hem zou horen.

12. Door NEM is gesteld dat zij het gesprek op een band heeft staan en dat zij daarmee kan bewijzen dat een overeenkomst is gesloten. Voorts heeft zij gesteld dat in de bevestigingsbrief die daarna is verzonden, de mogelijkheid is vermeld dat de overeenkomst binnen een termijn van 7 dagen zonder opgave van reden kan worden ontbonden. Dat heeft [gedaagde] niet gedaan.

13. De kantonrechter is van oordeel dat aan het tot stand komen van een overeenkomst door het onaangekondigd telefonisch benaderen van een consument strenge eisen gesteld moeten worden. Onduidelijkheden en misverstanden liggen op de loer. In het Burgerlijk Wetboek is ter bescherming van consumenten een bijzondere regeling opgenomen voor overeenkomsten op afstand. Die regeling is onder meer van toepassing op een overeenkomst tot levering van gas en elektriciteit die per telefoon wordt gesloten (artikel 7:5 BW).

14. Eén in die regeling opgenomen beschermingsbepaling is dat de consument bij een koop op afstand de gelegenheid heeft om gedurende 7 werkdagen na de ontvangst van de zaak zonder opgave van reden de koop te ontbinden. Die termijn wordt verlengd met drie maanden als niet alle informatie die op grond van de wet moet worden verstrekt voorafgaande aan of bij het sluiten van de koop, is verstrekt (artikel 7:46d BW). Die bepaling is echter in een aantal situaties niet van toepassing, waaronder als het zaken betreft die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden. Gas en elektra die geleverd is, kan niet worden teruggezonden. Daarvan uitgaande zou die uitzondering van toepassing kunnen zijn op een overeenkomst tot energielevering. Bij een overeenkomst tot levering van gas en elektra gaat het echter niet om een eenmalig geleverde prestatie, maar is sprake van een duurovereenkomst. Door ontbinding kan verdere levering ongedaan worden gemaakt. Daarnaast valt niet in te zien dat een consument tot ontbinding van zo'n overeenkomst zou wensen over te gaan omdat de geleverde zaak hem bij nader inzien niet bevalt en dat met die ontbinding zou worden beoogd om datgene wat aan gas en elektra al is geleverd terug te geven. Gelet daarop is de kantonrechter van oordeel dat deze uitzondering niet van toepassing kan worden geacht op een overeenkomst tot energielevering als de onderhavige.

15. Uit de stellingen van NEM begrijpt de kantonrechter dat van de gestelde, gesloten overeenkomst deel uitmaakt de voorwaarde dat het recht bestaat om de overeenkomst binnen een termijn van 7 werkdagen zonder opgave van redenen te beëindigen. Een bepaling vergelijkbaar met de in de wet neergelegde hoofdregel. De kantonrechter begrijpt daaruit dat (ook) NEM de toepassing van de hoofdregel voorstaat. Daarbij betreft de kantonrechter tevens dat gesteld, noch gebleken is dat NEM, als zij er vanuit zou zijn

gegaan dat voormelde uitzondering van toepassing zou zijn, heeft voldaan aan het wettelijk vereiste (artikel 7:46c BW) om [gedaagde] er op te wijzen dat hij geen bedenktijd zou hebben.

16. Anders dan door de NEM is gesteld, is in de op 22 april 2008 aan [gedaagde] toegezonden bevestigingsbrief echter in het geheel niet aangegeven dat [gedaagde] die, in die brief gestelde, gesloten overeenkomst binnen 7 dagen zou kunnen ontbinden. [gedaagde] is daarvan dus niet expliciet, op duidelijk kenbare, schriftelijke wijze, op de hoogte gesteld. Uit het 'verkopende' telefoongesprek heeft hij dat, zo blijkt uit zijn weergave daarvan, niet begrepen. Hij was dus onwetend van het bestaan van de mogelijkheid om de overeenkomst binnen die termijn te ontbinden. Vaststaat voorts dat [gedaagde] toen hij van zijn oude/eigen energieleverancier het bericht kreeg dat hij zou zijn overgestapt, direct in actie is gekomen, alsmede dat via die leverancier vervolgens aan NEM kenbaar is gemaakt dat [gedaagde] zich op het standpunt stelde dat er geen overeenkomst met NEM was. Dat kan moeilijk anders worden geïmagineerd, dan dat [gedaagde] geen overeenkomst met NEM wenste. Tenslotte staat vast dat binnen een termijn van drie maanden na aanvang van de levering door NEM die levering is beëindigd omdat [gedaagde] weer naar Essent terug was gegaan.

17. De kantonrechter is op grond van het voorgaande van oordeel dat, uitgaande van de stelling van NEM dat sprake is van een overeenkomst, het ervoor gehouden moet worden dat [gedaagde] die gestelde overeenkomst tijdig heeft ontbonden. De vorderingen zullen voor zover zij zijn gebaseerd op die overeenkomst, dan ook niet worden toegewezen.

18. Vaststaat dat NEM van 2 juni 2008 tot en met 19 augustus 2008 gas en elektra aan [gedaagde] heeft geleverd en dat de kosten daarvan respectievelijk € 90,95 en € 66,33 exclusief 19% BTW bedragen. Nu [gedaagde] medio mei 2008 kenbaar heeft gemaakt geen overeenkomst met NEM te willen en dat beroep op ontbinding hiervóór is gehonoreerd, heeft NEM die elektra en gas zonder rechtsgrond geleverd. Die levering kan niet meer ongedaan worden gemaakt en [gedaagde] is door die levering verrijkt. Hij heeft dat geleverde gas en elektra immers verbruikt. Gelet daarop is het redelijk dat [gedaagde] de waarde van die prestatie aan NEM zal vergoeden. De kantonrechter zal dan ook een bedrag groot € 187,16 toewijzen, zijnde € 66,33 + € 90,95, vermeerderd met de door NEM afgedragen 19% BTW.

19. De vergoeding van incassokosten wordt afgewezen. Uit het overgelegde overzicht blijkt niet dat er meer of ander werkzaamheden zijn verricht dan die ter voorbereiding van een procedure aangewezen en gebruikelijk zijn.

20. De gevorderde vergoeding van rente zal worden toegewezen vanaf 19 september 2008 omdat NEM [gedaagde] had verzocht haar de kosten vóór die datum te betalen en betaling is uitgebleven.

21. Beide partijen krijgen gedeeltelijk ongelijk. De kantonrechter ziet daarin aanleiding de proceskosten te compenseren. Partijen zullen ieder hun eigen kosten moeten dragen.

De beslissing

De kantonrechter: veroordeelt [gedaagde] om aan NEM te betalen € 187,16 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 19 september 2008 tot aan de dag van volledige betaling; verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad; compenseert de proceskosten aldus dat ieder van partijen de eigen kosten draagt; wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door de kantonrechter mr. A.M.A.M. Kager en in het openbaar uitgesproken op 7 december 2010.

Noot

Inleiding

Een consument mag een koop op afstand op grond van art. 7:46d lid 1 BW zonder opgave van redenen ontbinden binnen zeven werkdagen na ontvangst van de zaak, of binnen drie maanden als de leverancier niet heeft voldaan aan de informatieverplichtingen vervat in art. 7:46d lid 2 BW. De wet bepaalt dat dit ontbindingsrecht niet van toepassing is op “zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden” (art. 7:46d lid 4 onder b onder 3 BW).

Ondanks deze uitzondering oordeelt de Rechtbank Assen in deze zaak dat het ontbindingsrecht van toepassing op de levering van energie. Toch moet de consument NL Energie voor de geleverde energie betalen. In deze noot zal worden geanalyseerd of de rechtbank terecht tot deze conclusie komt en een aantal alternatieve redeneringen worden aangedragen. In hoeverre het resultaat te billijken valt, laat ik daarbij buiten beschouwing. Het gaat me enkel om de toegepaste argumenten.

Feiten

Een consument heeft in 2008 een overeenkomst met Essent voor de levering van gas en elektra (‘energie’). De Nederlandse Energie Maatschappij (‘NL Energie’) probeert de consument telefonisch over te halen van Essent naar NL Energie over te stappen. NL Energie meent dat partijen een overeenkomst hebben gesloten, de consument meent van niet. NL Energie neemt stappen te uitvoering van de overeenkomst: zij bevestigt op 22 april 2008 schriftelijk de totstandkoming van de overeenkomst en laat aan Essent weten dat de consument overstapt. Essent laat vervolgens per brief van 10 mei 2008 aan de consument weten dat hij per 2 juni 2008 een andere energieleverancier heeft. Nadat de consument die brief van Essent ontvangt, komt hij in actie: hij belt op 16 mei 2008 met Essent, belt een aantal keren met NL Energie en stapt uiteindelijk met ingang van 20 augustus 2008 weer terug over naar Essent. In de periode 2 juni tot en met 19 augustus 2008 heeft NL Energie energie aan de consument geleverd.

NL Energie vordert betaling van de energie geleverd in de periode 2 juni tot en met 19 augustus 2008, een opzegvergoeding, rente en incassokosten primair op grond van nakoming, subsidiair op grond van onverschuldigde betaling.

Is er een overeenkomst gesloten?

De eerste vraag die rijst is of überhaupt een overeenkomst tot stand is gekomen. De kantonrechter begint met het voor NL Energie onheilspellende oordeel “dat aan het tot stand komen van een overeenkomst door het onaangekondigd telefonisch benaderen van een consument strenge eisen gesteld moeten worden. Onduidelijkheden en misverstanden liggen op de loer.” maar doet verder niets met dat oordeel en beantwoordt ook voor het overige niet expliciet de vraag of er wel een overeenkomst is gesloten. Misschien komt dat omdat NL Energie stelt over een bandopname van het gesprek te beschikken en de kantonrechter de zaak niet wil ophouden door eerst NL Energie in de gelegenheid te stellen die bandopname in het geding te brengen. Toch lijkt het me in zaken zoals deze voor de hand te liggen eerst maar eens die stap te nemen. Ik kom daar later op terug.

Is het ontbindingsrecht van toepassing?

De kantonrechter gaat vervolgens wel uitgebreid in op de vraag of het ontbindingsrecht bij koop op afstand in casu van toepassing is. Belangrijk in dat verband is a. of de consument dat ontbindingsrecht überhaupt toekomt in het licht van de eisen gesteld in art. 7:46d lid 1 BW; en b. of sprake is van “zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden” waardoor dat ontbindingsrecht niet geldt op grond van art. 7:46d lid 4 onder b onder 3 BW.

De eerste vraag beantwoordt de kantonrechter bevestigend. In wat uitgewerkte vorm kan die beantwoording als volgt worden onderbouwd. Het ontbindingsrecht bij koop op afstand geldt indien sprake is van een koop op afstand (art. 7:46d lid 1 BW). Een koop op afstand is “de overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is” (art. 7:46a onder b BW). Van een overeenkomst op afstand is hier sprake omdat met behulp van een callcenter telefonisch een overeenkomst wordt gesloten (art. 7:46a onder a BW). Van een consumentenkoop is sprake omdat NL Energie handelt in de uitoefening van haar bedrijf, de consument niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en NL Energie een roerende zaak aan de consument verkoopt. Voor wat betreft het begrip roerende zaak zij vermeldt dat naar Nederlands goederenrecht gas ex art. 3:2 BW een roerende zaak is zolang het voor menselijk beheersing vatbaar is (dus wel gas in een cilinder, maar niet een ontsnapte gaswolk)² en dat

2 P.A. Stein, Vermogensrecht, art. 3:2 BW, aant. 4; J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 150-154. Overigens is interessant te wijzen op art. 36 van het Voorstel van Wet van de leden Ten Hoopen en Samsom tot het stellen van regels omtrent de levering van warmte aan verbruikers (Warmtewet), *Kamerstukken I* 2007/08, 29 048, nr. A (Gewijzigd Voorstel van Wet) op grond waarvan, indien te zijner tijd het wetsvoorstel in al dan niet gewijzigde vorm wordt aangenomen (het ligt nu weer bij Tweede Kamer), in art. 6:236 onder j BW en art. 7:5 lid 1 BW na “elektriciteit” zal worden ingevoegd “, warmte en koude”. Daardoor zullen in een andere daglicht komen te staan (en wellicht moeten worden gewijzigd) art. 7:5 lid 3 BW (op grond waarvan “de overeenkomst door leidingen naar verbruiker aangevoerd water” niet onder de werkingssfeer van de consumentenkoop valt) en art. 7:46b lid 1 BW (op grond waarvan art. 7:5 lid 3 BW niet van toepassing is op de koop op afstand).

art. 7:5 lid 1 BW met zo veel woorden bepaalt dat elektriciteit in het kader van consumentenkoop onder het begrip 'roerende zaak' valt.³ Bepalend is echter de uitleg van die begrippen naar communair recht omdat zij richtlijnconform moeten worden uitgelegd. De Wet koop op afstand (o.a. art. 7:46a e.v. BW) is immers een implementatie van de Richtlijn koop op afstand.⁴

De tweede vraag beantwoordt de kantonrechter door te oordelen dat energie inderdaad niet kan worden teruggezonden, maar de consument de overeenkomst op grond van art. 7:46d lid 1 BW kan ontbinden omdat a. er is sprake van een duurovereenkomst en door ontbinding ex art. 7:46d BW verdere levering ongedaan kan worden gemaakt; b. niet valt in te zien "dat een consument tot ontbinding van een dergelijke overeenkomst zou wensen over te gaan omdat de geleverde zaak bij nader inzien niet bevalt en dat met die ontbinding zou worden beoogd om datgene wat aan gas en elektra al is geleverd terug te geven"; c. NL Energie er ook van uitgaat dat het ontbindingsrecht ex art. 7:46d BW van toepassing is omdat "van de gestelde, gesloten overeenkomst deel uitmaakt de voorwaarde dat het recht bestaat om de overeenkomst binnen een termijn van 7 werkdagen zonder opgave van redenen te beëindigen"; en d. NL Energie de consument niet heeft gewezen op het feit dat het ontbindingsrecht niet van toepassing is (waartoe zij op grond van art. 7:46c lid 1 onder f BW wel verplicht was). Deze argumenten overtuigen mij niet.

Ten eerste, de kantonrechter moet de overeenkomst met NL Energie als koop op afstand (in de zin van art. 7:46a onder b BW) hebben gekwalificeerd om a. een ontbindingsrecht ex art. 7:46d lid 1 BW aan de consument te (kunnen) geven; en b. de uitzondering voor "zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden" (art. 7:46d lid 4 onder b onder 3 BW) buiten toepassing te laten. De uitzondering op het ontbindingsrecht geldt immers niet als in eerste instantie al geen sprake is van een ontbindingsrecht. Als het zijn van duurovereenkomst relevant is, dan is dat hooguit een obstakel bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van koop op afstand.⁵ Door bij het kwalificeren van de overeenkomst met NL Energie als koop op afstand geen probleem te maken van het feit dat het een duurovereenkomst betreft en aldus die horde te nemen, kan dat gegeven niet ineens relevant worden bij het beoordelen van de uitzondering. Door vervolgens te oordelen dat met een zodanige ontbinding de verdere levering ongedaan kan worden gemaakt, geeft de kantonrechter een juiste weergave van het rechtsgevolg van een zodanige ontbinding (volgens de memorie van toelichting: "analoog aan artikel 271 van Boek 6, bevrij-

ding van partijen van de door de ontbinding getroffen verbintenissen ..." ⁶). Dat het bewuste rechtsgevolg in de ogen van de kantonrechter wenselijk moge zijn, vormt echter geen argument om een wettelijke uitzondering buiten spel te zetten (of, minder diplomatiek gezegd, het paard achter de wagen te spannen).

Het tweede argument is voor mij nog raadselachtiger. Of de consument van een hem gegeven recht geen ge- of misbruik zal (willen) maken is niet aan de kantonrechter om te beslissen. Bovendien lijkt dit argument eerder een argument de consument het ontbindingsrecht te ontzeggen dan het hem toe te kennen. Als de consument het recht toch niet zal willen uitoefenen, dan zal hij het in de ogen van de kantonrechter ook wel niet hoeven te hebben.

Ook het derde argument verbaast mij. Het feit dat NL Energie in haar algemene voorwaarden een beëindigingsmogelijkheid opneemt, hoeft niet te betekenen dat zij daarmee erkent dat het ontbindingsrecht ex art. 7:46d BW op haar van toepassing is. Sterker nog, door te spreken van beëindiging in plaats van ontbinding geeft NL Energie juist te kennen uitsluitend voor de toekomst te willen beëindigen en het verleden in stand te willen laten, hetgeen bij ontbinding ex art. 7:46d lid 1 BW niet het geval is.

Het laatste argument treft mijns inziens evenmin doel. De verkoper moet tijdig bij de nakoming van de koop op afstand en uiterlijk bij de aflevering met inachtneming van bepaalde vormvereisten aan de koper gegevens verstrekken over "het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig art. 46d lid 1 en 46e;" (art. 7:46c lid 2 sub a jo. 7:46 lid 1 sub f BW). Doet de verkoper dat niet, dan wordt de ontbindingstermijn drie maanden (art. 7:46d lid 1 BW). Volgens de letter van art. 7:46d lid 1 BW zou de koper die strikt genomen geen ontbindingsrecht heeft ineens toch een ontbindingsrecht van drie maanden krijgen als de verkoper niet aan de consument meldt dat hij geen ontbindingsrecht heeft. Gelukkig steekt art. 7:46d lid 4 BW daar een stokje voor, door te bepalen dat art. 7:46d lid 1 BW (en dus ook de sanctie van een ontbindingsrecht van drie maanden) niet geldt voor, zoals in casu relevant, een koop op afstand van zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden (art. 7:46d lid 4 sub b onder 3 BW). Dat betekent dat de consument in casu alleen de contractuele beëindigingsmogelijkheid ten dienste stond, maar die ontbindingstermijn heeft hij ongebruikt laten verstrijken (waardoor de kantonrechter zijn toevlucht moest zoeken bij andere argumenten).

Of worden andere sancties verbonden aan het niet ingevolge art. 46c lid 1 onder f BW vermelden dat de consument in dit geval geen ontbindingsrecht toekomt? Van Esch is van mening dat op het niet-verstrekken van de gegevens bedoeld in art. 7:46c lid 1 BW geen sancties staan, anders dan dat het een economisch delict oplevert als bedoeld in art. 1 onder 4 WED en een overtreding van art. 8.2 en 8.5 WHC op grond waarvan de Consumentenautoriteit een last

3 Hijma meent dat het inhoudelijk en systematisch voor de hand ligt om ook bij niet-consumentenkoop aan te nemen dat elektriciteit onder het begrip zaak in art. 7:1 BW valt, zie *Asser/Hijma 5-I*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 196.

4 Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten.

5 Een energieleveringsovereenkomst kan volgens Loos wel degelijk zowel een koop- als duurovereenkomst zijn, M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst, algemene voorwaarden voor de levering van energie aan consumenten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998, 69-72.

6 A.S. Kroes, *Parlementaire geschiedenis (elektronische) consumentkoop en consumentendienstverlening op afstand*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 76 (MvT).

onder dwangsom of een bestuurlijke boete kan opleggen.⁷ Hijma is van mening dat de consument nakoming van die uit de wet voorspruitende verbintenis kan vorderen en, in geval van schending, recht heeft op schadevergoeding op grond van art. 6:74 BW.⁸ Waar dat in dit geval concreet toe leidt en of art. 7:46c lid 1 BW niet eerder uit een kale rechtsplicht bestaat dan dat het tot het ontstaan van verbintenissen leidt, weet ik eerlijk gezegd niet. Wel zou men nog kunnen denken aan de sanctie van vernietiging wegens strijd met een dwingende wetsbepaling (art. 7:46c lid 1 jo. 7:46j lid 1 jo. 3:40 lid 2 BW), maar uit de strekking van de bepaling lijkt anders voort te vloeien, mede in het licht van een vergelijking met de vaak gedurende kortere tijd uit te oefenen (en daardoor minder draconische) civielrechtelijke sancties bij niet-naleving van andere e-commerce informatieverplichtingen.⁹

Hoe het ook zij, zodra de kantonrechter oordeelde dat sprake was van koop op afstand en energie naar haar aard niet kon worden teruggezonden, volgde daaruit dat aan de consument geen ontbindingsrecht in de zin van art. 7:46d lid 1 BW toekwam en was er eigenlijk geen weg meer terug.

Gevolgen

De kantonrechter vervolgt door de consument een ontbindingsrecht van drie maanden toe te kennen omdat NL Energie niet schriftelijk heeft vermeldt dat de consument de overeenkomst binnen zeven dagen mag ontbinden. Dat ontbindingsrecht heeft de consument op tijd ingeroepen, aldus de kantonrechter. Vervolgens oordeelt de kantonrechter dat deze ontbinding met zich meebrengt dat a. NL Energie 'zonder rechtsgrond' energie heeft geleverd in de periode van 2 juni tot en met 19 augustus 2008; b. door het verbruiken van de geleverde energie die levering "niet meer ongedaan kan worden gemaakt" en de consument door die levering is 'verrijkt' en dientengevolge de consument de waarde van die prestaties (gelijk aan de factuurwaarden) aan NL Energie moet vergoeden. Door aldus te oordelen maakt de kantonrechter gebruik van een wel erg interessante mix van innerlijk tegenstrijdige rechtsgevolgen om zijn doel te bereiken.

Bij a. lijkt de kantonrechter te oordelen dat de ontbinding ex art. 7:46d lid 1 BW terugwerkende kracht heeft en geleverde prestaties dus zonder rechtsgrond zijn geschiedt, maar doet tot helaas zonder toelichting. En dat terwijl de lezer bij het woord ontbinding toch eerst zal denken aan art. 6:271 BW dat met zo veel woorden bepaalt dat voor zover verbintenissen zijn nagekomen, de rechtsgrond voor deze nakoming in stand blijft, mede indachtig de parlementaire geschiedenis met betrekking tot art. 7:46d lid 1 BW (waar de keuze het richtlijnbegrip 'herroeping' in het Ne-

derlandse recht als ontbindingsrecht vorm te geven overigens niet uitgebreid wordt onderbouwd en analoge toepassing van art. 6:271 BW wordt bepleit,¹⁰ terwijl een keuze voor vernietiging meer voor de hand had gelegen¹¹).

Bij b. hanteert de kantonrechter twee grondslagen op grond waarvan de consument de factuurwaarde van de geleverde energie moet vergoeden.

De eerste grondslag, te weten dat levering niet ongedaan kan worden gemaakt, lijkt wel erg op art. 6:272 BW.¹² Dat maakt het eerdere oordeel van de kantonrechter dat ontbinding terugwerkende kracht heeft ongeloofwaardig. Toepassing van art. 6:272 BW ligt ook anderszins niet voor de hand omdat art. 7:46d lid 2 BW uitdrukkelijk bepaalt dat (in dit geval) NL Energie in geval van ontbinding overeenkomstig art. 7:46d lid 1 BW aan de consument geen vergoeding in rekening mag brengen "behoudens ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak" (hetgeen weer eens duidelijk maakt dat een ontbindingsrecht niet kan gelden voor zaken die naar hun aard niet kunnen worden teruggezonden).¹³

De tweede grondslag, te weten de verrijking, lijkt op een toepassing van het *Messner*-arrest, waarin het HvJ EU oordeelt dat de richtlijn in de weg staat aan een algemene verplichting tot het betalen van een gebruiksvergoeding bij het uitoefenen van het ontbindingsrecht bij koop op afstand, maar niet aan een verplichting tot het betalen van een gebruiksvergoeding als de consument de zaak heeft gebruikt "op een wijze die onverenigbaar is met de beginselen van het burgerlijk recht, zoals die van de goede trouw of van de ongerechtvaardigde verrijking."¹⁴ Waarmee de consument ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt, legt de kantonrechter echter niet uit.

7 R.E. van Esch, *Juridische aspecten van elektronische handel* (2e herziene druk), Deventer: Kluwer 2007, nr. 3.2.1.5, p. 34.

8 *Asser/Hijma 5-I*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 94h.

9 Vgl. art. 3:15d lid 1 en 2 BW (geen civielrechtelijke sancties), art. 6:227b lid 4 BW (vernietigbaar indien de overeenkomst onder invloed van het niet naleven van informatieplichten tot stand is gekomen, met in bepaalde gevallen een vermoeden dat die invloed er was) en 6:227b lid 5 BW (ontbinding gedurende de tijd dat die informatie niet is verstrekt). De WED en WHC sancties zijn identiek.

10 Zie A.S. Kroes, *Parlementaire geschiedenis (elektronische) consumentkoop en consumentdienstverlening op afstand*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 76 (MvT) waaruit blijkt dat de Minister van Justitie van mening is dat art. 6:271 e.v. BW voor het bepalen van de rechtsgevolgen van een ontbinding in de zin van art. 7:46d en 7:46i lid 1 BW naar analogie kunnen worden toegepast en waarover C. Sander, *Consumentenbescherming bij transacties op afstand*, *ITeR*-reeks nr. 44, p. 58-59.

11 Welke toelichting wel wordt gegeven door *Asser/Hijma 5-I*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 94d en R.E. van Esch, *Juridische aspecten van elektronische handel* (2e herziene druk), Deventer: Kluwer 2007, nr. 7.4, p. 164 onder verwijzing naar Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Jac. Hijma en W.L. Valk, 'Wettelijke bedenktijd', *Preadviezen 2004 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2004, par. 4. Door subsidiair de geleverde energie als onverschuldigd betaald terug te vorderen, lijkt ook NL Energie ervan uit te gaan dat als haar primaire vordering niet slaagt, de ontbinding zoals bedoeld in art. 7:46d lid 1 BW terugwerkende kracht heeft.

12 Waarover in het kader van mislukte automatiseringen Rb. 's-Hertogenbosch 13 april 2005 (*Steinz/Kluwer*), m.nt. T.J. de Graaf, *Computerrecht* 2006/9 en Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006 (*OGP/Van Mierlo*), m.nt. T.J. de Graaf, *Computerrecht* 2006/72 en de literatuur en jurisprudentie waarnaar in die annotaties wordt verwezen.

13 Anders: A.P. Engelfriet, 'Retourrecht ook van toepassing bij "koop" van gas of elektriciteit', *Blog Ius mentis* 3 maart 2011, die wel toepassing van art. 6:272 BW lijkt voor te staan.

14 HvJ EG 3 september 2009, *NJ* 2009/559 (*Messner*), m.nt. M.R. Mok, waarover M.B.M. Loos, 'De gebruiksvergoeding bij de ontbonden koop op afstand: het onderscheid tussen "gebruiken" en "uitproberen"', *NtER* 2010-1, p. 27-31.

Hoe oordelen anderen?

Als we kijken naar hoe andere rechters en de Geschillencommissie Energie en Water ('ENE') deze materie te lijf gaan, zien we een verdeeld beeld.

Die geschillencommissie is blijkens een overzicht van Boom¹⁵ in twee zaken van oordeel dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen.¹⁶ In een andere zaak oordeelt die geschillencommissie dat het ontbindingsrecht van art. 7:46d lid 1 BW van toepassing is en dat de ontbindingstermijn niet gaat lopen na ontvangst van de zaak (zoals art. 7:46d lid 1 BW voorschrijft) maar na het moment van contractbevestiging omdat dat redelijk is bij een duurovereenkomst als de overeenkomst tot levering van energie. In die zaak is de Geschillencommissie ook van mening dat een verlenging van de ontbindingstermijn naar drie maanden niet toepasbaar is omdat reeds geleverde energie niet kan worden teruggegeven.¹⁷ In nog een andere zaak beslist die geschillencommissie dat een contractuele ontbindingstermijn niet is terug te voeren op art. 7:46d lid 1 BW omdat energie een zaak is die naar zijn aard niet kan worden teruggezonden.¹⁸

In een aantal recente incassokosten aangebracht door NL Energie oordelen kantonrechters verschillend. Kantonrechters in Leeuwarden, Almelo en Assen komen in een aantal zaken tot de conclusie dat geen overeenkomst tot stand is gekomen.¹⁹ Een kantonrechter in Leeuwarden gebruikt dezelfde overwegingen als in onderhavige zaak en inspireerde daarmee wellicht de kantonrechter in onderhavige uitspraak.²⁰ Een kantonrechter in Utrecht beslist (in een *obiter dictum*) dat een energieovereenkomst een dienstenovereenkomst is waarop het ontbindingsrecht van art. 7:46i lid 1 jo. 7:46d lid 1 BW van toepassing is.²¹

Alternatieven

Iedereen lijkt er dus een andere mening op na te houden. Het analyseren van de onderhavige uitspraak is één ding. Lastiger is het te bepalen hoe de kantonrechter in deze zaak mijns inziens wel had moeten oordelen. Naar mijn idee had de kantonrechter in dit geval eerst moeten nagaan of NL Energie het bestaan van de overeenkomst kon bewijzen. Doordat het ontbindingsrecht bij een energieovereenkomst op afstand niet (of, zoals hierna wordt betoogd, in mindere mate) geldt, zou men kunnen overwegen aan de totstandkoming van een zodanige overeenkomst strengere eisen te stellen. In zoverre lijkt de situatie op de toetsing van algemene voorwaarden onder het OBW. In het NBW hebben we een uitgebreide inhoudstoetsing ex art. 6:233 sub a BW en kunnen we (mede) daardoor (relatief) gemakkelijk concluderen dat de wederpartij aan de algemene voorwaarden gebonden is (art. 6:217 jo. 3:33 jo. 3:35 jo. 6:232 BW). Onder vigeur van het OBW hadden we niet zo'n sterke inhoudstoetsing en werd in de rechtspraak dus sterker de nadruk gelegd op de totstandkomingsfase met sacrale formules als dat bepaalde bedingen van zodanige inhoud zijn "*dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op de toepasselijkverklaring ook dáárvan gericht te zijn geweest.*"²²

Als inderdaad een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, dan zou de kantonrechter die tot een soortgelijke uitkomst had willen komen de overeenkomst wellicht kunnen aanmerken als een gemengde overeenkomst ex art. 6:215 BW en kunnen splitsen in twee gedeelten. Het eerste gedeelte zou betrekking hebben op hetgeen al aan energie geleverd is, dat naar haar aard niet kan worden teruggezonden en waarop dus geen ontbindingsrecht van toepassing is (art. 7:46d lid 1 jo. lid 4 onder b onder 3) en waarvoor dus facturen kunnen worden gestuurd en waarvan bij niet-betaling nakoming kan worden gevorderd ex art. 3:296 BW. Het tweede gedeelte zou betrekking hebben op hetgeen in de toekomst aan energie geleverd dient te worden. Dat gedeelte kan naar zijn aard wel worden teruggezonden omdat het nog niet ontvangen is. Op dat gedeelte kan het ontbindingsrecht van art. 7:46d lid 1 BW dus wel van toepassing zijn. Maar ook dat wringt dogmatisch. De wet schrijft immers voor dat de ontbindingstermijn begint te lopen vanaf het moment van ontvangst van de zaak. Dus kan de ontbindingstermijn voor wat betreft hetgeen nog niet is afgeleverd niet gaan lopen en mag de consument dus ook (nog) niet ontbinden. Wat extensiever de wet interpreterend, zou dat dogmatische bezwaar opzij kunnen worden geschoven door te oordelen dat ook eerder kan worden ontbonden dan dat de zaak is ontvangen omdat zonder reden kan worden ontbonden en de ontvangst van de zaak voor het uitoefenen van het ontbindingsrecht dus niet relevant is.

Ook zou de kantonrechter de overeenkomst in de zojuist omschreven delen kunnen splitsen, maar dan het tweede

15 W.H. van Boom, 'Kroniek Energie en water', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2010-1, p. 3-19.
 16 Geschillencommissie ENE 7 augustus 2007, ENE07-0860 en Geschillencommissie ENE 7 november 2008, ENE08-1242, hetgeen voor Boom terecht aanleiding geeft zich af te vragen waarop de bevoegdheid van de geschillencommissie is gebaseerd omdat als er geen overeenkomst is, de algemene voorwaarden op grond waarvan de geschillencommissie bevoegd wordt verklaard evenmin van toepassing zijn. Vgl. voor (spook)switches (ook) H.P.A. Knops, 'Algemene voorwaarden en de energiesector' in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden. Recht en praktijk Contractenrecht 1*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 25.7.1, p. 534-536.
 17 Geschillencommissie ENE 6 december 2006, ENE-6-2202.
 18 Geschillencommissie ENE 2 juni 2006, ENE06-0203.
 19 Rb. Leeuwarden, sector kanton, 17 mei 2011, *LJN* BQ5544; Rb. Almelo, sector kanton, 27 april 2011, *LJN* BQ4009; en Rb. Assen, sector kanton, 8 maart 2011, *LJN* BP7947.
 20 Rb. Leeuwarden, sector kanton, 9 februari 2011, *LJN* BP5786.
 21 M. Weij ziet in zijn noot bij de onderhavige uitspraak weinig ruimte om de overeenkomst als dienstenovereenkomst te kwalificeren (en dus een ontbindingsrecht ex art. art. 7:46i lid 1 jo. 7:46d lid 1 BW toe te kennen) omdat art. 7:5 lid 1 BW letterlijk bepaalt dat elektriciteit in het kader van consumentenkoop als zaak wordt gekwalificeerd, zie Rb. Assen 15 februari 2011, *LJN* BP4835, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2011-2, nr. 50, m.nt. M. Weij. In zijn ogen zal het (gedeeltelijk) kwalificeren van de overeenkomst als overeenkomst van opdracht (en dus een kosteloze opzeggingsmogelijkheid ex art. 7:408 lid 1 jo. lid 3 BW) waarschijnlijk evenzeer uit den boze zijn.

22 HR 20 november 1981, *NJ* 1982/517 (*Holleman/De Klerk*). Zie ook HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/688 (*Bouma/Cavo*) en R.H.C. Jongeneel, 'Algemene vernietigingsgronden; de open norm' in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden. Recht en praktijk Contractenrecht 1*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 7.3, p. 133-136.

gedeelte kwalificeren als een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd die naar haar aard opzegbaar is.²³ Misschien is dat wel wat de kantonrechter bedoelde toen hij over een duurovereenkomst sprak.

Een andere mogelijkheid voor de kantonrechter is om op grond van art. 6:2 lid 2 BW de wettelijke uitzondering van art. 7:46d lid 4 onder b onder 3 BW buiten toepassing te laten omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Maar daarvoor moet de kantonrechter wel met betere argumenten komen dan de argumenten die hij in dit vonnis heeft aangedragen. En zodanige argumenten kan ik zo gauw niet verzinnen.

Conclusie

De wijze waarop de kantonrechter de consument een ontbindingsrecht toekent, laat mijns inziens te wensen over. Gezien de grote verscheidenheid aan argumenten waarmee kantonrechters en de Geschillencommissie Energie en Water hun oordelen in soortgelijke zaken onderbouwen en de alternatieve argumenten die ik daar in deze noot aan toevoeg, lijkt het voor de hand te liggen dat het Landelijk Overleg van Voorzitters van Civiele en Kantonsectoren (LOVCK) zich daar eens over buigt, gelijk zij met betrekking tot onder andere creditcardovereenkomsten en mobiele telefoonabonnementen heeft gedaan.²⁴

T.J. de Graaf

23 Vgl. voor opzegbaarheid van duurovereenkomsten A.E.M. van der Putt-Lauwers, 'Opzegging en annulering - contracten zijn van tijdelijke makelij', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht: opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: Kluwer 2000, p. 113-129 en G.J.P. de Vries, 'Opzegbaarheid van overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Kwestie van contractsvrijheid', *NJB* 2007/37, p. 2356-2362. De grondslag kan i.c. worden gevonden in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) of art. 7:408 lid 1 jo. lid 3 BW (als we dat gedeelte van de overeenkomst als een overeenkomst van opdracht willen kwalificeren, zonodig gebruikmakend van richtlijnconforme communautaire uitleg om aan de (indirecte) greep van art. 7:5 BW te ontsnappen).

24 Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht. Rapport van de LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing, februari 2010, te vinden op www.rechtspraak.nl.