



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De totstandkoming en bedenktijdregeling van op afstand gesloten energieleveringsovereenkomsten

Loos, M.B.M.

Publication date

2012

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2012). De totstandkoming en bedenktijdregeling van op afstand gesloten energieleveringsovereenkomsten. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2012(1), 6-10. http://www.uitgeverijparis.nl/scripts/read_article_pdf.php?id=5594

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De totstandkoming en bedenktijdregeling van op afstand gesloten energieleveringsovereenkomsten

In dit artikel wordt ingegaan op de wijze waarop energieleveringsovereenkomsten tot stand komen en in hoeverre consumenten gebruik kunnen maken van een ontbindingsbevoegdheid om gedurende de bedenktijd zich te bevrijden van gebondenheid aan een bij nader inzien ongewenst geachte overeenkomst. Daarbij zal ik tevens ingaan op de gevolgen van een dergelijke ontbinding en de wijze waarop deze dient te geschieden. Tot slot bespreek ik kort de wijzigingen die op dit punt te verwachten zijn na implementatie van de onlangs vastgestelde Richtlijn consumentenrechten.

1. Totstandkoming van de overeenkomst

Bij telefonisch tot stand gekomen overeenkomsten is regelmatig sprake van twijfel of de overeenkomst überhaupt wel oprechtsgeldige wijze tot stand is gekomen. In zijn kroniek *Energie en water* wees Van Boom al op een bindend advies van de Geschillencommissie Energie en Water waar de geschillencommissie oordeelde dat in een geval waarin de consument de Nederlandse taal slechts gebrekkig beheerste en de telemarketeer snel sprak en bevestigende antwoorden forceerde, geen sprake is van de wil tot contractsluiting. De overeenkomst is echter toch tot stand gekomen indien de leverancier een geslaagd beroep doet op art. 3:35 BW. Daartoe is vereist dat de leverancier bewijst dat op grond van de verklaringen en gedragingen van de consument bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen bestond dat de verklaring van de consument dat hij instemde met de contractsluiting (in de praktijk veelal: met de switch, d.w.z. met de overstap naar de nieuwe leverancier) wél overeenstemde met diens werkelijke wil. Om dat bewijs te kunnen leveren, wordt het gedeelte van het gesprek waarin de consument zou instemmen met de overeenkomst, opgenomen in de vorm van een voicelog. Omdat slechts een deel van het gesprek is opgenomen, blijft het risico bestaan dat in het daaraan voorafgaande deel de voorwaarden van het contract anders (lees: voor de consument gunstiger) zijn voorgesteld of dat er anderszins sprake is van onduidelijkheden of misverstanden. De Kantonrechters Assen en Heerenveen merken in hun in dit nummer gepubliceerde vonnissen op dat om deze reden 'er hoge eisen moeten worden gesteld aan de totstandkoming van een overeenkomst door het telefonisch benaderen van een consument', maar verbinden geen directe consequenties aan deze stellingname. De Kantonrechter Utrecht gaat in zijn vonnis een stap verder door in geval van de gemotiveerde betwisting van de contractsluiting geen genoegen te nemen met het overleggen van een cd met een geluidsopname van het tweede deel van het gesprek, maar in feite te eisen dat het gehele gesprek wordt opgenomen en dat een transcript van dit gesprek wordt gevoegd bij de stukken. Dat een dergelijke aanpak zinvol kan zijn, blijkt ook uit de bindende adviezen van de Geschillencommissie Energie en Water. In het bindend advies van 15 juni 2009 stelt de consument dat de ondernemer het gesprek selectief heeft opgenomen en dat daardoor onder meer zijn stelling dat hij vanwege gehoor-

beperkingen niet op telefonische aanbiedingen ingaat – of wil ingaan – niet terug te horen is in de voicelog. De geschillencommissie is evenwel van oordeel dat uit de bandopname niet blijkt dat de consument als gevolg van gehoorbeperkingen de gestelde vragen niet heeft begrepen, en concludeert dat sprake is van een geldig gesloten overeenkomst. Iets soortgelijks speelde in het bindend advies van 3 september 2008, waarin de consument stelt dat hem een langere bedenktijd is toegezegd in verband met de feestdagen. Een dergelijke opmerking is niet opgenomen in de voicelog en het is daarmee, gezien de ontkenning door de ondernemer, volgens de geschillencommissie niet aannemelijk geworden dat de consument een langere bedenktijd heeft gekregen. Indien het volledige gesprek zou zijn opgenomen, zou met aanzienlijk meer zekerheid kunnen worden vastgesteld of er tussen partijen werkelijk wilsovereenstemming heeft bestaan, respectievelijk of een langere bedenktijd was overeengekomen. Dat neemt niet weg dat naar geldend recht het standpunt van de Utrechtse Kantonrechter moeilijk lijkt te kunnen worden verdedigd: uitgangspunt dient immers te zijn dat zolang de wetgever niet anders bepaalt, aan de telefonische totstandkoming van de overeenkomst geen andere eisen mogen worden gesteld dan die welke voortvloeien uit wet- en regelgeving. Met de opname van het tweede deel van het gesprek heeft de ondernemer het bewijs van de totstandkoming van de overeenkomst geleverd. Dat brengt mee dat het aan de consument is om tegenbewijs te leveren door aan te tonen (of ten minste aannemelijk te maken) dat hij niet bereid is tot contractsluiting of dat bijzondere afspraken zijn gemaakt. Van een consument mag worden verlangd dat hij óf niet instemt met een telefonisch aanbod, óf eerdere bezwaren of voorwaarden herhaalt nadat hem is medegedeeld dat het gesprek vanaf dat moment wordt opgenomen, óf gebruikmaakt van een hem eventueel toekomstige bedenktijd als hij de daartoe strekkende informatie ontvangt.

2. Het Europese en nationale kader: contractsluiting

De wetgever kan uiteraard aan de contractsluiting bij energieleveringsovereenkomsten zwaardere eisen stellen. Verdedigbaar is dat dit inderdaad het geval is. Ik illustreer dit aan de hand van de Elektriciteitswet 1998, maar voor de levering van gas geldt grosso modo hetzelfde. De Elektriciteitswet 1998 vormt het kader voor de regulering van de elektriciteitsmarkt in Nederland en dient mede

* Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift

ter implementatie van Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit. Art. 3 lid 3 van deze richtlijn bepaalt onder meer dat consumenten en, voor zover de lidstaten dat wenselijk achten, kleine ondernemingen, recht hebben op universele dienstverlening, 'dat wil zeggen het recht op levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudige en duidelijk vergelijkbare en doorzichtige prijzen op hun grondgebied'. Dezelfde bepaling verplicht de lidstaten vervolgens om leveranciers te verplichten om dergelijke afnemers aan te sluiten op hun netwerk overeenkomstig de daarvoor geldende voorwaarden en tarieven. Art. 3 lid 5 van de richtlijn voegt daaraan toe dat de lidstaten passende maatregelen dienen te nemen om eindafnemers te beschermen en te voorzien in adequate waarborgen voor de bescherming van kwetsbare afnemers. Daarbij dienen de lidstaten een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, met name met betrekking tot de transparantie van contractvoorwaarden, en ervoor te zorgen dat consumenten daadwerkelijk kunnen overstappen op een nieuwe leverancier. In ieder geval ten aanzien van consumenten dienen de daartoe te nemen maatregelen (mede) te bestaan uit de in bijlage A bij de richtlijn genoemde maatregelen. Deze bijlage, getiteld 'Voorschriften inzake consumentenbescherming', geeft onder meer aan dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat consumenten het recht hebben op een contract met hun elektriciteitsleverancier waarin onder meer zijn opgenomen 'de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van de diensten en van het contract, het bestaan van een recht op opzegging'. De contractuele voorwaarden dienen daarbij eerlijk en vooraf bekend te zijn en dienen voorafgaand aan de ondertekening of bij de bevestiging van het contract verstrekt te worden aan de consument. Lidstaten dienen er voorts voor te zorgen dat afnemers worden beschermd tegen het gebruik van oneerlijke of misleidende verkoopmethoden en dat zij de beschikking hebben over transparante, eenvoudige en goedkope procedures voor het afhandelen van hun klachten.

De richtlijn is geïmplementeerd in de Elektriciteitswet 1998 en de daarop gebaseerde regelgeving. Krachtens art. 95a Elektriciteitswet 1998 is het verboden om aan kleinverbruikers, zoals een consument, energie te leveren zonder vergunning. Art. 95b Elektriciteitswet 1998 bepaalt vervolgens dat de leverancier gehouden is om tegen redelijke tarieven en voorwaarden energie te leveren aan kleinverbruikers, en dat de voorwaarden in ieder geval niet redelijk zijn als zij niet in overeenstemming zijn met het bepaalde bij of krachtens art. 95m Elektriciteitswet 1998. Volgens dat artikel dienen de voorwaarden transparant, eerlijk en vooraf bekend te zijn en voor het sluiten van de overeenkomst te worden verstrekt. Het is leveranciers voorts verboden om kleinverbruikers op zodanige wijze te benaderen dat onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten, de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging. Overeenkomsten die in strijd met het bij of krachtens dit artikel bepaalde zijn gesloten, zijn vernietigbaar.

Het bovenstaande helpt de consument die telefonisch een energieleveringsovereenkomst heeft gesloten echter niet. Met de opname van het tweede deel van het telefoongesprek door middel van de voicelog en de toezending van de contractvoorwaarden lijkt voldaan te zijn aan de eis dat geen onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten en welke voorwaarden voor de uitvoering van de overeenkomst gelden.

3. Bestaan van de bedenktijd

Mogelijk biedt de mogelijkheid tot opzegging of ontbinding van de overeenkomst meer soelaas aan de consument die tot zijn schrik constateert dat hij telefonisch een energieleveringsovereenkomst heeft gesloten zonder zich daar duidelijk van bewust te zijn geweest. Ook op dit punt bestaat Europese regelgeving: de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten kent de consument onder bepaalde voorwaarden een bedenktijd toe. De richtlijn is omgezet in art. 7:46a e.v. BW.

Telefonisch tot stand gekomen overeenkomsten zijn 'overeenkomsten op afstand' (art. 7:46a BW), zo constateerde Van Boom al in zijn kroniek Energie en water. Energiebedrijven sluiten immers op regelmatige wijze telefonisch overeenkomsten en tot het moment van contractsluiting is uitsluitend gebruikgemaakt van een techniek voor communicatie op afstand. Nu art. 7:5 BW de levering van elektriciteit en gas door een professionele partij aan een consument uitdrukkelijk kwalificeert als een consumentenkoop, is de telefonisch gesloten energieleveringsovereenkomst te zien als een koop op afstand (art. 7:46a onder b BW). Dat betekent dat de consument in beginsel recht heeft om de overeenkomst gedurende de wettelijke bedenktijd te ontbinden, zo volgt uit art. 7:46d lid 1 BW. Volgens deze bepaling vangt de bedenktijd aan op het moment van ontvangst van de zaak – hier dus van de te leveren energie. Recentelijk besliste de Kantonrechter Assen echter al dat de consument de overeenkomst ook voor aanvang van de bedenktijd al kan ontbinden. Een complicerende factor is echter dat zodra deze zaak geleverd is, zij wordt verbruikt en daarmee teniet is gegaan. Dat lijkt mee te brengen dat in dit geval krachtens de uitdrukkelijke bepaling van art. 7:46d lid 4 onderdeel b onder 3 BW geen ontbindingsbevoegdheid zou bestaan. In het (mede door mij) gewezen bindend advies van 2 juni 2006 oordeelde de Geschillencommissie Energie en Water om die reden inderdaad dat voor een energieleveringsovereenkomst geen wettelijke bedenktijd bestaat. Dat staat echter niet in de weg aan ontbinding van de overeenkomst omdat voor energieleveringsovereenkomsten op grond van de algemene voorwaarden van de leverancier een *contractuele* bedenktijd geldt, welke contractuele bepaling overigens rechtstreeks terug te voeren is op de vergunningsvoorwaarden van de leverancier.

De in deze uitspraak uiteengezette lijn is nadien niet meer door de geschillencommissie gevolgd: in andere zaken heeft de geschillencommissie steeds geoordeeld dat de wettelijke bedenktijd wél van toepassing was en dat deze – kennelijk in afwijking van het bepaalde in art. 7:46d lid 1 BW – niet begon bij levering van de energie of het water maar met de ontvangst van de contractbevestiging. In een

van deze uitspraken oordeelde de geschillencommissie dat bij schending van de informatieplicht de bedenktijd niet verlengd werd 'omdat reeds geleverde energie niet kan worden teruggegeven'. In deze zaak paste de geschillencommissie dus de wettelijke uitzondering voor de bedenktijd toe om te kunnen oordelen dat de *verlenging* van die bedenktijd niet gold. Ook deze uitspraak heeft geen school gemaakt. In de hierboven opgenomen uitspraak van 7 augustus 2007 – welke volgens de geschillencommissie de lijn van de rechtspraak op dit punt vertegenwoordigt – werd de bedenktijd zonder mitsen en maren verlengd tot drie maanden nu in de contractbevestigingsbrief geen informatie was gegeven over het bestaan van de bedenktijd.

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat ook kantonrechters problemen hebben met het niet toekennen van de bedenktijd. De Kantonrechters Assen en Heerenveen hebben, in op dit punt gelijklopende overwegingen, geoordeeld dat in beginsel de uitzondering opgeld doet, maar dat bij duurovereenkomsten als deze een uitzondering op de uitzondering moet worden aangenomen, omdat door ontbinding verdere levering kan worden voorkomen en niet in te zien zou zijn dat de consument tot ontbinding van de overeenkomst zou overgaan omdat het hem geleverde hem bij nader inzien niet bevalt en dat met de ontbinding zou worden beoogd de al geleverde energie terug te geven. Beide kantonrechters zien de bedenktijd en de daarmee verbonden ontbindingsbevoegdheid kennelijk dus niet zozeer in het licht van het uitproberen van de te leveren zaken (wat bij energie inderdaad niet goed denkbaar is), maar meer in het licht van het (in rust, vrij van de druk van het moment) heroverwegen van het oorspronkelijke besluit tot contractsluiting.

De Kantonrechter Utrecht betreedt een op het oog minder goed begaanbaar pad. Nadat ook hij eerst geconcludeerd heeft dat sprake is van een consumentenkoop en dat de bedenktijd aanvangt op het moment dat de zaak door de koper is ontvangen, vervolgt hij: 'Nu gesteld noch gebleken is dat zich een situatie voordoet als bedoeld in artikel 7:46d lid 2 jo 46i lid 1 jo 46i lid 5 onder a BW, waarin – kort gezegd – is geregeld dat de opzegtermijn in het geheel niet geldt indien de levering van de dienst in overleg met de consument al begint tijdens de opzegtermijn en NEM niets heeft aangevoerd omtrent de startdatum van de gestelde levering van gas en elektriciteit, kan niet worden vastgesteld of – uitgaande van de juistheid van de stellingen van Z op dit punt – Z de overeenkomst tijdig heeft ontbonden.' Het lijkt er hierbij op of de kantonrechter van de regels die gelden voor de op afstand gesloten *koopovereenkomst* overstapt naar de regels die gelden voor de opstand gesloten overeenkomst tot levering van *diensten*. Kenmerkend daarvoor is immers dat de bedenktijd niet aanvangt bij de levering van de zaak, maar bij de contractsluiting, terwijl de bedenktijd in dat geval zelfs eindigt indien al gedurende de bedenktijd met toestemming van de consument wordt begonnen met de levering van de dienst. Deze in art. 7:46i lid 6 resp. lid 5 BW opgenomen bepalingen gelden echter niet wanneer, zoals hier, de overeenkomst gekwalificeerd wordt als een koopovereenkomst.

Zowel de benadering van de Kantonrechters Assen en Heerenveen als Utrecht laat echter zien dat het probleem is dat bij de implementatie van de Richtlijn overeenkomsten op afstand niet goed nagedacht is over de vraag hoe om te gaan met duurovereenkomsten die als koopovereenkomst gekwalificeerd moeten worden. Voor overeenkomsten tot levering van kranten en tijdschriften is dat niet per se problematisch, omdat daarvoor de bedenktijd uitdrukkelijk is uitgesloten, maar voor overeenkomsten tot levering van elektriciteit, gas en ook water levert dat problemen op – terwijl de vraag naar de juiste kwalificatie van warmteleveringsovereenkomsten vooralsnog onbeslist is. Voor elk van deze overeenkomsten geldt dat alle leveranciers dezelfde zaak leveren en dat consumenten wel bekend zijn met die zaak. Voor geen van deze producten geldt dan ook dat pas bij levering blijkt of de zaak wel of niet beantwoordt aan de verwachtingen die de consument had. Van 'uitproberen' is dan ook geen sprake. Voor zover een bedenktijd zinvol of wenselijk wordt geacht, is dat vooral om de consument de mogelijkheid te bieden om in vrijheid de beslissing tot contractsluiting te kunnen heroverwegen. In dat kader is het logischer om niet aan te knopen bij het moment van levering, maar bij het moment van contractsluiting, zoals de Kantonrechter Utrecht en in feite ook de Geschillencommissie Energie en Water dat doen. Het probleem is echter dat een dergelijke benadering op gespannen voet staat met de tekst van de Nederlandse wetgeving, waar overeenkomsten tot levering van energie en water nu eenmaal gekwalificeerd worden als een koop en niet als een dienst. De Richtlijn overeenkomsten op afstand dwingt daar overigens niet toe, nu deze de kwalificatie van een overeenkomst als koop of dienst nadrukkelijk in het midden laat.

4. *Verlenging van de bedenktijd bij schending informatieplicht*

De Kantonrechters Assen en Heerenveen stellen – uitgaande van het bestaan van de bedenktijd en van het moment van levering als het moment van aanvang daarvan – vast dat de bedenktijd op de voet van art. 7:46d lid 1 tweede zin BW in casu moet worden verlengd tot maximaal drie maanden na levering van de energie wegens schending van de informatieplicht van art. 7:46c BW. De Kantonrechter Assen overweegt in dit verband dat de brief die NEM ter bevestiging van de sluiting van de overeenkomst (de 'welkomstbrief') heeft gezonden aan de consument, geen melding maakt van de mogelijkheid tot ontbinding van de overeenkomst en NEM de consument dus niet expliciet en op duidelijk kenbare, schriftelijke wijze gewezen heeft op deze mogelijkheid. Zijn collega in Heerenveen kon dat niet vaststellen omdat de brief zich niet in het dossier bevond, maar komt tot de conclusie dat de bestaande onduidelijkheid hieromtrent voor rekening van NEM komt. Kennelijk oordeelt de kantonrechter dat de bewijslast van het verstrekken van de vereiste informatie op NEM rust. Hoewel daarmee wordt afgeweken van de normale bewijslastverdeling van art. 150 Rv lijkt mij dat goed verdedigbaar, nu de consument anders het bewijs van een negatief feit zou moeten leveren, terwijl het voor NEM vrij eenvoudig zou zijn geweest om het bewijs te leveren door overlegging van de welkomstbrief. Deze bewijslastverdeling sluit ook aan bij de bewijslastverdeling ten aanzien van het hebben

voldaan aan de informatieplicht bij algemene voorwaarden, welke uitdrukkelijk op de gebruiker van de algemene voorwaarden is geplaatst. De Geschillencommissie Energie en Water gaat – terecht – nog een stap verder door ook eisen te stellen aan de transparantie van de informatie: in haar bindend advies van 7 augustus 2007 stelt ze nadrukkelijk dat de informatie over de bedenktijd in de welkomstbrief moet zijn opgenomen en niet (uitsluitend) in de bijgevoegde productvoorwaarden zonder heldere verwijzing naar die informatie.

Het elders in dit nummer gepubliceerde arrest van het Hof Amsterdam wijst overigens op nog een andere mogelijkheid voor de consument om van de niet-gewenste overeenkomst af te komen in een geval waarin de leverancier heeft nagelaten de wettelijk verplichte informatie te verschaffen over het recht van consument om de overeenkomst door middel van opzegging te beëindigen en de voorwaarden voor de uitoefening van dat recht. In een dergelijk geval brengt art. 95m lid 4 Elektriciteitswet 1998 mee dat de overeenkomst vernietigbaar is.

5. *Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking*

In de zaak die ten grondslag ligt aan het vonnis van de Rechtbank Assen stelde de rechtbank vast dat de consument door NEM niet geïnformeerd was over het bestaan van de bedenktijd en dat zodra de consument het bericht van zijn oude leverancier ontving dat hij zou zijn overgestapt, hij direct in actie is gekomen. De consument heeft vervolgens half mei 2008 de overeenkomst ontbonden. Desalniettemin heeft de terugswitch naar de oude leverancier enige tijd geveerd, als gevolg waarvan NEM van 2 juni 2008 tot en met 19 augustus 2008 gas en elektra aan de consument heeft geleverd. De rechtbank oordeelt dat NEM deze hoeveelheid energie zonder rechtsgrond heeft geleverd, dat de levering niet meer ongedaan kan worden gemaakt en dat de consument door die levering is verrijkt. De kantonrechter komt tot de conclusie dat het redelijk is dat hij de waarde van de prestatie aan NEM zal vergoeden.

Het is nog niet zo eenvoudig om voor dat oordeel een goede juridische grondslag te vinden. Het is niet evident dat de vordering kan worden gebaseerd op de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Weliswaar is sprake van een verrijking aan de zijde van de consument en van een verarming aan de zijde van NEM en is er voor die verrijking resp. verarming geen redelijke oorzaak of rechtvaardigingsgrond nu er immers geen overeenkomst blijkt te zijn gesloten. Voor een vergoeding op basis van ongerechtvaardigde verrijking is het echter ook vereist dat het *redelijk* is dat de consument de door NEM geleden schade vergoedt. Verdedigbaar is dat voor een dergelijke vergoeding geen plaats is omdat de levering geheel aan NEM moet worden toegerekend:

- zij nam het initiatief tot de contractsluiting,
- zij verstrekke daarbij niet de informatie die zij op grond van de wet aan de consument moest verstrekken,
- zij had vervolgens maar liefst drie maanden nodig om nadat zij geïnformeerd was over de ontbinding van de overeenkomst deze te effectueren,

- terwijl op het moment van de ontbinding nog geen energie werd geleverd.

Onder deze omstandigheden kan de levering van de energie worden gezien als een opgedrongen prestatie waarvoor geen vergoeding dient plaats te vinden. Een vordering op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) is nog minder goed verdedigbaar, aangezien de ontbinding van de overeenkomst geen terugwerkende kracht heeft en de levering derhalve niet *onverschuldigd* is geschied.

Een andere mogelijkheid biedt wellicht analoge toepassing van art. 6:272 BW. Bij ontbinding wegens een tekortkoming dienen op de voet van art. 6:271 BW de al geleverde prestaties ongedaan te worden gemaakt. Wanneer de aard van de geleverde prestatie teruglevering onmogelijk maakt, treedt daarvoor krachtens art. 6:272 lid 1 BW een waardevergoeding voor in de plaats. Ik wijs echter op de in par. 7 kort te bespreken regeling in de nieuwe Richtlijn consumentenrechten. Indien deze zal zijn omgezet in wetgeving zou in een geval als dit geen vergoeding behoeven te worden betaald voor de geleverde energie. In dit verband is het interessant om te zien dat in een soortgelijk geval de Geschillencommissie Energie en Water tot de conclusie kwam dat de nieuwe leverancier gehouden was de consument terug te switchen naar de oorspronkelijke leverancier zonder daarvoor kosten in rekening te brengen aan de consument. Uit de (beperkte) weergave van deze uitspraak in de kroniek van Van Boom kan echter niet worden afgeleid of de uitspraak ook betrekking heeft op al geleverde energie.

6. *Vorm ontbindingsverklaring*

De Kantonrechter Utrecht gaat ten slotte kort in op de wijze van ontbinding. De Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten bevat op dit punt geen bijzondere regeling, zodat Nederland vrij is om dit te regelen zoals het wil. De kantonrechter stelt dan ook overeenkomstig het bepaalde in art. 3:37 lid 1 BW vast dat nu de wet niet anders bepaalt, de consument de overeenkomst vormvrij kan ontbinden. Dat zou anders zijn indien partijen overeengekomen zouden zijn dat ontbinding schriftelijk dient te geschieden en een dergelijk vormvoorschrift rechtsgeldig zou zijn. Het lijkt erop dat een dergelijke afspraak in de Utrechtse zaak gemaakt is, nu NEM dit tijdens het telefoongesprek heeft gemeld en de consument daartegen niet geprotesteerd heeft. Duidelijk is in ieder geval dat de Geschillencommissie Energie en Water zich in haar bindend advies van 15 juni 2009 op het standpunt heeft gesteld dat ontbinding inderdaad schriftelijk dient te geschieden. Maar is een dergelijke contractuele beperking van de ontbindingsbevoegdheid wel geoorloofd? Met uitzondering van het mede door mij gewezen bindend advies van de Geschillencommissie Energie en Water werd in alle gevallen aangenomen dat de ontbindingsbevoegdheid niet gebaseerd is op een louter contractuele ontbindingsbevoegdheid, maar op het dwingendrechtelijke art. 7:46d BW. Dat artikel kent, anders dan art. 6:267 BW voor de ontbinding bij wanprestatie, geen vormvoorschrift. Volgens art. 3:37 lid 1 BW betekent dit dat de ontbindingsverklaring in iedere vorm kan worden afgelegd. Wanneer dan aan de ontbindingsverklaring alsnog

de eis wordt gesteld dat deze schriftelijk moet zijn, is dit feitelijk een beperking van de mogelijkheid tot ontbinding. Daarmee zou dan ten nadele van de consument worden afgeweken van de wettelijke regeling van de ontbindingsbevoegdheid, hetgeen volgens art. 7:46j lid 1 BW niet is toegestaan. Een dergelijke bepaling is daarmee in strijd met de wet en derhalve op grond van art. 3:40 lid 2 BW vernietigbaar. Het oordeel van de geschillencommissie in het bindend advies van 15 juni 2009 is daarmee op dit punt in strijd met de wet – aangenomen dat het uitgangspunt van de geschillencommissie dat de wettelijke bedenktijd van toepassing is, juist is.

7. De toekomst: Richtlijn consumentenrechten

De bestaande regeling voor de toepassing van de wettelijke bedenktijd op overeenkomsten tot levering van energie en water en de gevolgen van ontbinding van dergelijke overeenkomsten is onduidelijk. In deze situatie zal verbetering komen wanneer de Richtlijn consumentenrechten zal zijn geïmplementeerd. Deze richtlijn dient uiterlijk op 13 december 2013 omgezet te zijn en geldt dan voor overeenkomsten die gesloten zijn na 13 juni 2014, de datum waarop de omgezette regels in werking dienen te treden.

Art. 9 lid 1 onder c van deze richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat voor overeenkomsten tot levering van water en energie (incl. stadsverwarming) de bedenktijd gaat lopen op de dag na de contractsluiting. De ontbindingsverklaring dient binnen deze termijn te zijn verzonden, maar is ook rechtsgeldig indien zij pas na afloop van de termijn wordt ontvangen. De ontbindingsverklaring behoeft niet aan een bepaalde vorm te voldoen, maar dient wel ondubbelzinnig te zijn. De consument kan derhalve zelf een ontbindingsverklaring opstellen, maar hij kan ook gebruikmaken van een modelformulier dat de leverancier moet hebben toegezonden aan de consument. Wanneer de handelaar de consument de mogelijkheid biedt het modelformulier elektronisch in te vullen en te verzenden via de website van de handelaar, dient de handelaar de ontbinding op een duurzame drager aan de consument te bevestigen.

Wanneer de consument niet geïnformeerd wordt over het bestaan van de bedenktijd en de voorwaarden voor het ontbinden van de overeenkomst gedurende de bedenktijd, wordt deze verlengd tot veertien dagen nadat de informatie alsnog verstrekt wordt, en bij gebreke daaraan met maximaal een jaar na contractsluiting. De leverancier die zijn informatieplicht schendt, maar wel tot levering overgaat, wordt daar flink voor gestraft: indien de consument vervolgens alsnog ontbindt, kan hij niet worden verplicht de geleverde energie te betalen, terwijl al betaalde bedragen door de leverancier binnen veertien dagen na ontvangst van de ontbindingsverklaring zullen moeten worden terugbetaald.

Voor zover de leverancier nog tijdens de bedenktijd wil beginnen met levering, zal hij daarvoor een daartoe strekkend uitdrukkelijk verzoek van de consument moeten eisen. Indien de consument na een dergelijk verzoek alsnog de overeenkomst ontbindt, dient hij een vergoeding te betalen die overeenstemt met de waarde van het al geleverde. Ook hier geldt echter dat de consument niet hoeft te betalen voor de geleverde energie

indien hij niet geïnformeerd was over het bestaan van de bedenktijd en de voorwaarden voor de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid, of wanneer het verzoek tot levering tijdens de bedenktijd ontbrak.

Besluit

Of men de regels die voortvloeien uit de Richtlijn consumentenrechten nu wenselijk vindt of niet, na omzetting van de nieuwe richtlijn zullen de regels betreffende de ontbinding van een op afstand gesloten energieleveringsovereenkomst in ieder geval duidelijker zijn. Het lijkt aannemelijk dat problemen met het onvolledig informeren van consumenten bij energieleveringsovereenkomsten grotendeels zullen verdwijnen door de vergaande sancties die hieraan voor de energieleveranciers verbonden zullen zijn. De taak van zowel de rechter als de Geschillencommissie Energie en Water zal hierdoor ongetwijfeld worden vereenvoudigd. Het lijkt ten slotte niet ondenkbaar dat rechter en geschillencommissie bij wijze van anticiperende interpretatie al onderdelen van de nieuwe regelgeving zullen toepassen bij de beslechting van geschillen in de komende jaren. Leveranciers krijgen daarmee al voor de datum van omzetting een sterke *incentive* om hun handelspraktijken overeenkomstig aan te passen.