



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: Hof 's-Hertogenbosch (koop op afstand, levering van energie, schending informatieplicht, ontbinding tijdens bedenktijd, betaling voor al geleverde energie)

Loos, M.B.M.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M., (2014). *Case note: Hof 's-Hertogenbosch (koop op afstand, levering van energie, schending informatieplicht, ontbinding tijdens bedenktijd, betaling voor al geleverde energie)*, No. ECLI:NL:GHSHE:2013:2637, Jun 18, 2013. (Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken; Vol. 2014, No. 3).

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.

Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013

(*mrs. Brandenburg, Van Laarhoven en De Moor*)

ECLI:NL:GHSHE:2013:2637

(*X/Nuon Sales Nederland N.V.*)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *koop op afstand*
- *levering van energie*
- *schending informatieplicht*
- *ontbinding tijdens bedenktijd*
- *betaling voor al geleverde energie*

4. De beoordeling

4.1. (...) Het gaat in deze zaak om het volgende.

(i) Nuon heeft aan X (die in de correspondentie met Nuon de naam Y voerde) bij brief van 2 juni 2010 (productie 3 bij conclusie van repliek) het volgende bericht: 'Onlangs hebben wij uw aanvraag voor Nuon VastePrijs-Energie ontvangen.

(...) Deze brief is de bevestiging dat wij het onderstaande met u zijn overeengekomen: (...)

Product Nuon VastePrijsStroom

Periode 5 jaar tot 1 juli 2015

(...)

Product Nuon VastePrijsGas

Periode 5 jaar tot 1 juli 2015 (...)

(ii) X heeft bij ongedateerde brief (door Nuon ontvangen op 29 juni 2010, productie 5 bij conclusie van repliek), onder bijsluiting van de hiervoor genoemde brief van Nuon van 2 juni 2010, het volgende aan Nuon bericht: 'Onlangs had ik gevraagd voor de overstap naar Nuon Heb niks meer vernomen

Daarom hebben wij gekozen voor ander bedrijf

Hopende U genoeg gegevens te hebben verstrekt (...)

Op de bijgesloten brief van Nuon van 2 juni 2010 heeft X handgeschreven vermeld: 'Maken wij geen gebruik van'.

(iii) Nuon heeft bij brief van 29 juni 2010 (productie 3 bij conclusie van repliek) aan X bericht:

'Betreft Contractbevestiging Nuon VastePrijsStroom en Nuon VastePrijsGas

Wij danken U hartelijk voor uw keuze Voor Nuon (...)

(iv) Nuon heeft aan X op 29 december 2010 een eindafrekening verzonden betreffende de afname van elektriciteit en op 20 januari 2011 een eindafrekening betreffende de afname van gas (productie 6 bij conclusie van repliek).

(v) Incassobureau GGN heeft namens Nuon X op 30 mei 2011 (productie 7 bij conclusie van repliek) gesommeerd tot betaling van een bedrag van € 3675,29, bestaande uit een hoofdsom van € 2770,14, vermeerderd met rente en kosten.

(vi) X heeft op of omstreeks 1 juni 2011 de voormelde sommatie aan GGN retour gezonden en daarop vermeld – kort gezegd – dat zij nooit een overeenkomst heeft gesloten met Nuon en dat zij de formulieren retour heeft gestuurd (onderdeel productie 7 bij conclusie van repliek).

(vii) Bij brief van 15 juni 2011 (productie 8 bij conclusie van repliek) heeft GGN als volgt aan X bericht:

'(...) U geeft aan dat u geen overeenkomst met Nuon heeft afgesloten. Uit de administratie van Nuon blijkt dat

u elektra en gas van Nuon heeft ontvangen. Indien u het niet eens bent met deze vordering dient u binnen 5 dagen de bewijsstukken te doen toekomen waaruit blijkt dat u in de periode die Nuon u in rekening brengt klant was bij een andere leverancier. (...) Indien wij geen tijdige reactie ontvangen, zullen wij de procedure voortzetten (...)

4.1.2. Na verder gevoerde correspondentie tussen X en GGN, waarbij partijen bij hun hiervoor weergegeven standpunten blijven (het hof verwijst korthedshalve naar de producties 9 t/m 13 bij conclusie van repliek), heeft Nuon X bij inleidende dagvaarding van 27 december 2011 in rechte betrokken en betaling gevorderd van een bedrag van € 3356,78, bestaande uit een hoofdsom van € 2810,14, wettelijke rente tot 17 november 2011 ad € 96,64 en buitengerechtigde incassokosten ad € 450. Nuon heeft aan de vordering ten grondslag gelegd dat X via internet met Nuon een overeenkomst tot levering van energie heeft gesloten. Deze overeenkomst is tot stand gekomen, aldus Nuon, doordat X in het door Nuon op haar website beschikbaar gestelde keuzemenu via de optie 'direct afsluiten' gekozen heeft voor het direct afsluiten van een overeenkomst tot levering van gas en elektriciteit door Nuon. Nuon heeft vervolgens gedurende vijf maanden, van 1 juli 2010 tot en met 26 november 2010, gas en elektriciteit geleverd aan X. X is in gebreke gebleven met betaling daarvan en heeft wanprestatie gepleegd. Nuon heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat X de overeenkomst niet tijdig, binnen 7 dagen na de bevestiging van de overeenkomst d.d. 2 juni 2010, heeft ontbonden. X heeft zich in eerste aanleg verweerd door te stellen dat zij geen overeenkomst heeft gesloten met Nuon, maar alleen per internet informatie heeft opgevraagd over de prijzen bij Nuon. Zij heeft voorts gesteld dat zij op 1 november 2010 een factuur heeft gehad voor een achterstand van € 1473,60 terwijl bij dagvaarding een bedrag van € 3356,78 wordt gevorderd. Dit bedrag is niet onderbouwd aldus X. Nuon heeft haar de levering als het ware opgedrongen. X heeft zich voorts beroepen op de werking van redelijkheid en billijkheid.

4.2. De rechtbank Maastricht, sector kanton (locatie Sittard-Geleen, red.) (hierna: de kantonrechter) heeft in het bestreden vonnis de vordering van Nuon toegewezen en X veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 3358,78, vermeerderd met de wettelijke rente over € 2810,14 vanaf 17 november 2010 tot de dag der algehele voldoening, met veroordeling van X in de kosten van de procedure. De kantonrechter heeft daartoe overwogen dat X, tegenover de gemotiveerde uiteenzetting van Nuon hoe de overeenkomst met X tot stand is gekomen en dat hiervan schriftelijke mededeling is gedaan, niet kon volstaan met de simpele mededeling dat zij geen overeenkomst met Nuon heeft gesloten. De kantonrechter heeft voorts overwogen dat in het oog springt dat X de gestelde brief van 1 november 2010 niet heeft overgelegd en niet stelt, laat staan aannemelijk maakt of met bewijsstukken staft dat zij gedurende de periode waarop de vordering betrekking heeft, klant is geweest bij een andere leverancier dan

Nuon. Dit laatste had in ieder geval op de weg van X gelegen, aldus de kantonrechter.

4.3.1. Met haar *eerste grief* voert X aan dat het hier gaat om een koop op afstand, waarbij Nuon op grond van art. 7:46d BW jo. art. 7:46c lid 2 sub a BW verplicht was X op de hoogte te brengen van de wettelijke bedenktijd van 7 werkdagen, waarin X zonder opgave van redenen de overeenkomst kon ontbinden. Nu Nuon niet aan deze informatieverplichting heeft voldaan (in de brieven van 2 juni 2010 en 29 juni 2010 ontbreekt deze vermelding) dient een bedenktijd van 3 maanden te worden gehanteerd. De brief van 29 juni 2010, waarin duidelijk staat vermeld dat X de diensten van Nuon niet wenst, dient als een tijdige ontbinding te gelden en Nuon heeft dan ook geleverd zonder dat daaraan een geldige overeenkomst ten grondslag lag. De vordering van Nuon dient daarom te worden afgewezen.

4.3.2. Het hof stelt voorop dat X ook in hoger beroep tegenover de gemotiveerde stellingname van Nuon in eerste aanleg niet heeft onderbouwd dat zij – via internet – slechts informatie heeft opgevraagd en geen overeenkomst met Nuon heeft gesloten. Ook in hoger beroep zal het hof daarom tot uitgangspunt nemen dat X een overeenkomst heeft gesloten tot levering van energie, zoals door Nuon in haar brief van 2 juni 2010 aan X is bevestigd. Deze overeenkomst is een consumentenkoop als bedoeld in art. 7:5 BW en – nu deze via het internet is aangegaan – een consumentenkoop op afstand in de zin van art. 7:46a sub b BW.

4.3.3. In art. 7:46c lid 1 BW, aanhef en sub f is bepaald dat tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten op duidelijke en begrijpelijke wijze dient te worden vermeld of al dan niet de mogelijkheid tot ontbinding bestaat overeenkomstig art. 7:46d lid 1 BW. In art. 7:46c lid 2 BW is bepaald dat – voor zover hier van belang – aan de koper, tijdig bij de nakoming van de koop op afstand, behoudens voor zover zulks reeds is geschied voordat de koop op afstand werd gesloten, worden verstrekt; a. de gegevens bedoeld in de onderdelen a-f van lid 1; b. de vereisten voor de gebruikmaking van het recht op ontbinding overeenkomstig artikel 7:46d lid 1 BW.

4.3.4. In art. 7:46d lid 1 BW is bepaald dat in geval van een koop op afstand de koper gedurende 7 werkdagen na ontvangst van de zaak het recht heeft de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet is voldaan aan alle in artikel 7:46c lid 2 BW gestelde eisen, bedraagt die termijn drie maanden.

4.3.5. In art. 7:46d lid 4 onder b BW is – voor zover hier van belang – bepaald dat lid 1 niet van toepassing is op de koop op afstand van zaken die naar hun aard niet kunnen worden teruggezonden. Vast staat dat eenmaal geleverde elektriciteit en gas niet kunnen worden teruggezonden. Het enkele feit dat eenmaal geleverde elektriciteit en gas niet kunnen worden teruggezonden, staat naar het oordeel van het hof echter niet in de weg aan toepassing van de hoofdregel van art. 7:46d lid 1 BW op de koop op afstand van gas en elektriciteit. Het hof overweegt daartoe als volgt. Bij een overeenkomst tot

levering van energie gaat het niet om een overeenkomst tot het leveren van een eenmalige prestatie maar om een duurovereenkomst, waarbij verdere levering door het uitoefenen van het ontbindingsrecht kan worden voorkomen. Voorts geldt dat in geval van het aangaan van een overeenkomst tot levering van energie met een bepaalde leverancier de daadwerkelijke levering door de betreffende leverancier een aanvang neemt door een administratief proces waarbij de betreffende leverancier als leverancier van de koper wordt geregistreerd vanaf een bepaald moment. Een dergelijk proces kan echter zeer wel eerst in gang gezet worden na de in art. 7:46d lid 1 BW geregelde reguliere bedenktijd en zulks pleegt – naar de ervaring leert – in de praktijk, mede ter uitvoering van artikel 9 Regeling afnemers en monitoring Electriciteitswet 1998 en Gaswet (WJZ 4043743), eerst na afloop van de gebruikelijke bedenktijd te geschieden. Dit strookt naar het oordeel van het hof ook met doel en strekking van art. 7:46d lid 1 BW die er onder meer in is gelegen dat de consument zich, aan de hand van de ontvangen informatie, tijdens de bedenktijd al dan niet met deskundige hulp, een juist en volledig beeld kan verschaffen van de rechten en plichten die over en weer uit de koop voortvloeien (MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 26 981, nr. 3, p. 21). Naar het oordeel van het hof is de uitzonderingsbepaling van art. 7:46d lid 4 onder b BW, met betrekking tot zaken die naar hun aard niet kunnen worden teruggezonden dan ook niet van toepassing op een koop op afstand van gas en elektriciteit, en dient uitgegaan te worden van toepasselijkheid van de hoofdregel van art. 7:46d lid 1 BW.

4.3.6. Het hof begrijpt voorts uit de stellingen van Nuon in eerste aanleg dat ook volgens Nuon sprake is van een *wettelijke* termijn van 7 werkdagen waarbinnen nieuw aangegane contracten kunnen worden ontbonden (conclusie van repliek nr. 6) en voorts dat van de overeenkomst deel uitmaakt de voorwaarde dat het recht bestaat om de overeenkomst binnen een termijn van 7 werkdagen na ontvangst van de vastgelegde overeenkomst zonder opgave van redenen te beëindigen (artikel 3 lid 2 van de door Nuon overgelegde algemene voorwaarden) een bepaling vergelijkbaar met de in de wet neergelegde hoofdregel, waarbij – toegesneden op de situatie van contracten betreffende levering van energie – de periode van 7 werkdagen waarbinnen de koper het contract (schriftelijk) kan ontbinden, begint te lopen na ontvangst van de vastgelegde overeenkomst.

4.3.7. Het hof is van oordeel dat Nuon niet aan haar informatieverplichting als bedoeld in art. 7:46c lid 1 BW ten aanzien van het recht op ontbinding heeft voldaan. Nuon heeft weliswaar gesteld dat bij het doorlopen van het keuzemenu op internet bij ‘stap 3’ vermeld wordt dat er sprake is van bedenktijd en dat de keuze binnen zeven werkdagen kan worden teruggedraaid, maar naar het oordeel van het hof kan een dergelijke vermelding, die (zo begrijpt het hof uit de door Nuon bij de productie 1 bij conclusie van repliek overgelegde ‘printscreen’) slechts zichtbaar wordt gedurende het bestelproces, niet gelden als een duidelijke en begrijpelijke verwijzing als bedoeld in art. 7:46c lid 1 BW, terwijl in ieder geval niet wordt voldaan aan de eis van het ter beschikking stellen

op een voor X toegankelijke duurzame drager als bedoeld in artikel 46c lid 2 BW (vergelijk HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11 inzake Content Services Ltd met betrekking tot de voor de wijze van voldoening aan de informatieplicht op dit punt relevante artikel 5 lid 1 van Richtlijn 97/7/EG).

Ook in de bevestigingsbrief van 2 juni 2010 is geen mededeling opgenomen over de mogelijkheid van ontbinding binnen zeven werkdagen en over de wijze waarop dat recht dient te worden uitgeoefend. De enkele vermelding in de algemene voorwaarden van het recht op ontbinding en de wijze waarop dat recht dient te worden uitgeoefend acht het hof onvoldoende, nu in de bevestigingsbrief van 2 juni 2010 op geen enkele wijze naar de toepasselijke bepaling uit de algemene voorwaarden wordt verwezen. Van het op duidelijke en begrijpelijke wijze wijzen op het recht op ontbinding en op de vereisten voor gebruikmaking van dat recht, als bedoeld in art. 7:46c lid 2 BW, is naar het oordeel van het hof dan ook geen sprake. Aldus heeft Nuon niet voldaan aan haar informatieverplichting als bedoeld in art. 7:46c lid 2 sub a en b. Dit brengt naar het oordeel van het hof met zich dat Nuon zich er niet op kan beroepen dat X de overeenkomst niet binnen 7 werkdagen na ontvangst van de brief van 2 juni 2010 heeft ontbonden en dient, in overeenstemming met het bepaalde in art. 7:46d lid 1 BW, te worden aangenomen dat de termijn voor ontbinding drie maanden bedraagt. Het hof deelt voorts het standpunt van X dat Nuon de door Nuon op 29 juni 2010 ontvangen brief van X redelijkerwijze had moeten begrijpen als een mededeling van X dat zij van de overeenkomst af wilde zien, daarom als een gebruikmaking van het recht op ontbinding, zoals neergelegd in art. 7:46d lid 1 en de algemene voorwaarden van Nuon. Nu deze brief door Nuon is ontvangen binnen drie maanden na ontvangst van de contractbevestiging d.d. 2 juni 2010 dient het ervoor te worden gehouden dat X de overeenkomst tijdig heeft ontbonden en dat Nuon zich niet op de overeenkomst kan beroepen als grondslag voor haar vordering. Grief 1 slaagt. Grief 2 – die strekt ten betoge dat X de overeenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd overeenkomstig de door Nuon gehanteerde algemene voorwaarden – behoeft geen bespreking meer.

4.4.1. Nuon heeft in eerste aanleg aangevoerd (conclusie van repliek onder 7) dat X gedurende vijf maanden heeft genoten van door Nuon geleverde gas en elektriciteit zonder daarvoor te hebben betaald. Het hof leidt uit deze stellingname af dat Nuon zich (subsidiar) beroept op ongerechtvaardigde verrijking.

4.4.2. Het hof overweegt als volgt. X heeft zelf gesteld dat Nuon aan haar gas en elektriciteit heeft geleverd in de periode van 1 juli 2010 tot 26 november 2010 (conclusie van antwoord onder 4) en dat X daarna weer is overgestapt naar Eneco, haar oude leverancier. Het hof leidt uit deze stellingname af dat X in de periode van 1 juli 2010 tot 26 november 2010 geen klant was bij een andere leverancier. Naar het oordeel van het hof is X door de levering door Nuon verrijkt, omdat zij de geleverde energie heeft verbruikt en deze aan haar ten goede is gekomen. Nuon is door deze levering verarmd, nu zij de energie heeft geleverd. De verrijking is voorts ook ongerechtvaardigd omdat – zoals hiervoor is overwogen – de

overeenkomst door X op 29 juni 2010 rechtsgeldig is ontbonden en de levering aldus geen grondslag vindt in een overeenkomst. Het hof acht het voorts ook redelijk dat X de (waarde van de) geleverde energie vergoedt nu zij normaal gesproken in deze periode krachtens een overeenkomst zou hebben moeten betalen voor een dergelijke levering, en – zoals hiervoor is overwogen – uit de eigen stellingen van X moet worden afgeleid dat zij in de periode van 1 juli 2010 t/m 26 november 2010 geen contract had met een andere leverancier. Naar het oordeel van het hof zijn voorts ook onvoldoende omstandigheden gesteld of gebleken die tot de conclusie kunnen leiden dat vergoeding van de waarde van de geleverde energie in dit geval niet redelijk is. De enkele stelling van X dat de levering haar is opgedrongen acht het hof hiertoe, in het licht van de omstandigheid dat X eerst op 26 november 2010 weer energie is gaan afnemen van een andere leverancier en zij normaal gesproken ook over de periode van 1 juli 2010 t/m 25 november 2010 zou hebben moeten betalen voor geleverde energie, onvoldoende.

4.4.3. Het hof leidt uit de eindafrekening inzake elektriciteit d.d. 29 december 2010 en uit de eindafrekening inzake gas d.d. 20 januari 2011 af (productie 6 bij conclusie van repliek) dat Nuon voor een bedrag van € 106,68 elektriciteit en voor een bedrag van € 683,29 gas (exclusief BTW) heeft geleverd. Het hof zal dan ook een bedrag van € 789,97, zijnde € 683,29 + € 106,68, vermeerderd met door Nuon afgedragen 19% BTW, toewijzen, hetgeen resulteert in een totaalbedrag van € 940,06. De overige uit de eindfacturen blijvende bedragen komen niet voor toewijzing in aanmerking nu het hier gaat om administratiekosten verband houdende met de overeenkomst (zo blijkt uit beide eindafrekeningen dat een opzegvergoeding in rekening is gebracht), terwijl zoals hiervoor is overwogen deze overeenkomst reeds op 29 juni 2010 rechtsgeldig is ontbonden.

4.4.4. De vorderingen van Nuon met betrekking tot de wettelijke rente en de buitengerechtelijke incassokosten worden afgewezen. De vordering wordt immers alleen toegewezen op grond van ongerechtvaardigde verrijking, en niet is gesteld of onderbouwd of en wanneer in dat verband verzuim zou zijn ingetreden voor X. De buitengerechtelijke incassokosten kunnen niet als redelijke kosten worden aangemerkt, nu deze waren gericht op het innen van een vordering op grond van een overeenkomst die reeds rechtsgeldig was ontbonden.

4.5. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Nuon toewijsbaar is tot een bedrag van € 940,06 en dat het meer of anders gevorderde dient te worden afgewezen. In verband met de omstandigheid dat partijen over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld, zal het hof de proceskosten compenseren, zowel wat betreft het geging in eerste aanleg als dat in hoger beroep.

NOOT

1. Inleiding

In het bovenstaande arrest heeft het Hof 's-Hertogenbosch een aantal principiële uitspraken gedaan over de

toepassing van de wettelijke regeling voor op afstand gesloten overeenkomsten op overeenkomsten tot levering van energie aan consumenten. In deze noot zullen deze punten kort worden besproken en zal voorts aandacht worden besteed aan de regeling die zal gelden voor overeenkomsten die na 13 juni 2014 worden gesloten (deze datum betreft de datum waarop de wet tot omzetting van de Richtlijn consumentenrechten in het BW van kracht wordt).

2. Bedenktijd bij de koop op afstand van energie?

De eerste beslissing die door het hof moest worden genomen, betreft het antwoord op de vraag of aan de koper überhaupt wel een bedenktijd toekomt. Naar geldend (en toekomstig) Nederlands recht wordt een overeenkomst tot levering van energie door een professionele leverancier aan een consument aangemerkt als een consumentenkoop.¹ Wanneer een dergelijke overeenkomst op afstand is gesloten, zoals hier via de website van de leverancier, komt de consument in beginsel een bedenktijd van zeven werkdagen toe (artikel 7:46d lid 1 BW). Deze bedenktijd vangt aan op het moment waarop de gekochte zaak is geleverd. Aan de consument komt echter *geen* ontbindingsbevoegdheid toe indien de gekochte zaak 'naar zijn aard' niet teruggezonden kan worden (artikel 7:46d lid 4 onderdeel b onder 3° BW). De vraag was of deze uitzondering van toepassing is op overeenkomsten tot levering van energie. Daarbij zijn twee standpunten verdedigbaar:

1. de uitzondering is van toepassing omdat eenmaal geleverde energie direct verbruikt en dus tenietgegaan is, zodat de energie naar haar aard niet kan worden teruggezonden;
2. de uitzondering is *niet* van toepassing (en dus de bedenktijdregeling wél), omdat de overeenkomst tot levering van energie een duurovereenkomst is en een ontbindingsbevoegdheid ten aanzien van toekomstige leveringen wel degelijk zin heeft.

In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift² schreef ik al dat de Geschillencommissie Energie en Water, afgezien van een mede door mij gewezen bindend advies, steeds het standpunt heeft ingenomen dat de consument wel gebruik kan maken van de wettelijke bedenktijdregeling en dat ook kantonrechtters deze benadering hebben gekozen. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft zich hierbij aangesloten, getuige zijn beslissing in r.o. 4.3.5 van dit arrest. Het hof benadrukt daarbij niet alleen het duurkarakter van de overeenkomst, maar ook het feit dat er tussen het moment van contractsluiting en het moment van levering een administratief proces moet plaatsvinden dat gewoonlijk pas in gang wordt gezet nadat de bedenktijd is verstreken. Het hof merkt voorts (in r.o. 4.3.6) op dat ook de leverancier van de toepasselijkheid van de wettelijke regeling uitgaat, en stelt vast dat de algemene voorwaarden van de leverancier een op de levering van energie toegesneden

toespitsing van de bedenktijdregeling bevat die inhoudelijk overeenstemt met de wettelijke regeling. Voor zover voorafgaande aan de ontbinding al energie is geleverd, moet hiervoor betaald worden op grond van de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking, zo maakt het hof in r.o. 4.4.2 duidelijk (zie hieronder, par. 4).

3. Schending van de informatieplicht?

De volgende door het hof te beslissen vraag was of de leverancier aan de informatieplicht van artikel 7:46c lid 2 BW kon voldoen door tijdens het bestelproces op de website te vermelden dat de consument een bedenktijd van zeven werkdagen heeft, zonder dat deze informatie schriftelijk is opgenomen in de 'bevestigingsbrief', terwijl deze informatie wel is opgenomen in de eveneens meegezonden algemene voorwaarden. Het hof oordeelt (r.o. 4.3.7) dat met de vermelding van de informatie op de website niet kan worden volstaan, en dat de enkele vermelding hiervan in de met de bevestigingsbrief meegezonden algemene voorwaarden evenmin volstaat omdat in de bevestigingsbrief niet is verwezen naar de toepasselijke bepaling in die algemene voorwaarden. Dit brengt mee, aldus het hof, dat leverancier Nuon niet 'op duidelijke en begrijpelijke wijze' heeft gewezen op het recht op ontbinding en op de vereisten voor gebruikmaking van dat recht. Daarmee verbindt het hof een – vergaande – sanctie aan de veronderstelde schending van het transparantiebeginsel.

Dat de enkele vermelding van de informatie over de bedenktijd op de website niet als voldoende kan worden gezien om te voldoen aan de informatieplicht, is gelet op het ook door het hof genoemde *Content Services*-arrest van het Hof van Justitie³ niet verrassend. Dat ook de (enkele) vermelding van de bedenktijdregeling in de algemene voorwaarden van de energiebedrijven niet volstaat, is kwastieuzer. Het oordeel wordt nogal summier gemotiveerd met de mededeling dat de informatie niet alleen ontbreekt in de bevestigingsbrief en dat deze brief evenmin een duidelijke verwijzing bevat naar de relevante bepalingen in de algemene voorwaarden. Het zou mij niet verbazen als bij dit oordeel tevens een rol zou hebben gespeeld dat de informatie ook niet direct opvalt in de algemene voorwaarden, maar is opgenomen in artikel 3 lid 2 van die algemene voorwaarden,⁴ welk artikel wordt aangeduid met het kopje 'Leveringsovereenkomst', terwijl artikel 19 en 20, met de kopjes 'Duur leveringsovereenkomst/opzegging' en 'Beëindiging levering bij beëindiging leveringsovereenkomst', betrekking hebben op 'reguliere' wijzen van beëindiging van een energieleveringsovereenkomst en ook niet terugverwijzen naar artikel 3. Daarmee zal ook voor de enkele consument die de algemene voorwaarden wel oppervlakkig zou doorlezen, niet op eenvoudige wijze duidelijk zijn dat de overeenkomst gedurende de bedenktijd kan worden ontbonden. Omdat

1. Zie thans artikel 7:5 lid 1 BW en, voor de situatie na implementatie van de Richtlijn consumentenrechten, artikel 7:5 lid 5 BW (ontwerp).
 2. M.B.M. Loos, 'De totstandkoming en bedenktijdregeling van op afstand gesloten energieleveringsovereenkomsten', *TvC* 2012, afl. 1, p. 7-8.
 3. Gepubliceerd in *TvC* 2013, afl. 3, p. 123, m.nt. S. De Pourcq.
 4. De algemene voorwaarden van Nuon stemmen overeen met de model-algemene voorwaarden die in het kader van het Zelfreguleringsoverleg van de Sociaal-Economische Raad zijn overeengekomen tussen enerzijds de Consumentenbond en anderzijds de Vereniging Energie-Nederland, Netbeheer Nederland en de Vereniging van waterbedrijven in Nederland.

het hof daaruit de conclusie trekt dat de informatieplicht is geschonden, betekent dit dat de consument ook na het verstrijken van de termijn van zeven werkdagen de overeenkomst nog kon ontbinden. Ik moet bekennen dat ik met die conclusie wel enige moeite heb, nu niet is betwist dat de informatie wel op de website stond, de consument die informatie moet hebben gezien tijdens het bestelproces, en de consument dus op zich op de hoogte was van het bestaan van de ontbindingsbevoegdheid. Onder die omstandigheden had het hof mijns inziens ook kunnen oordelen dat met de toezending van de algemene voorwaarden bij de bevestigingsbrief wel voldaan was aan de informatieplicht.

Dat neemt niet weg dat *in dit geval* de consument ook dan nog op tijd was geweest met haar ontbindingsverklaring: volgens artikel 3 lid 2 van de algemene voorwaarden vangt de bedenktijd aan met de ontvangst van de bevestigingsbrief. Uit de door het hof vastgestelde feiten blijkt dat Nuon op diezelfde datum de brief van de consument heeft ontvangen waaruit, naar het hof terecht aanneemt, Nuon had moeten afleiden dat de consument gebruik wilde maken van de ontbindingsbevoegdheid. Het hof had dan ook zonder zijn vingers te hoeven branden aan de eventuele schending van de informatieplicht tot dezelfde uitkomst kunnen komen. Kennelijk heeft het hof hier de gelegenheid te baat willen nemen om op dit punt een principiële uitspraak te doen.

4. Ongerechtvaardigde verrijking?

Het eigenlijke probleem in deze zaak is natuurlijk het feit dat de energieleverancier na ontvangst van de ontbindingsverklaring toch energie zou hebben geleverd en de consument niet wil betalen voor deze energie omdat zij⁵ voor een andere leverancier had gekozen. Het is duidelijk dat de consument niet het slachtoffer van het misverstand behoort te worden in de zin dat zij het risico zou moeten lopen tweemaal te moeten betalen. Voor zover zij de andere leverancier heeft betaald, is van ongerechtvaardigde verrijking geen sprake: de consument mocht in dat geval mijns inziens aannemen dat de levering door de andere leverancier was verzorgd en dat zij met de betaling aan die leverancier aan haar verplichtingen heeft voldaan. Het hof oordeelt dan ook dat de vordering van Nuon niet kan worden toegewezen voor de periode na 26 november 2010, nu de consument vanaf die datum weer is overgestapt naar Eneco, haar oude leverancier.

Problematischer is het geval waarin de consument *niet* heeft betaald aan de andere leverancier – zoals hier voor de periode van 1 juli tot en met 26 november 2010. In mijn eerdere bijdrage over dit onderwerp heb ik opgemerkt dat het niet zo eenvoudig is om voor die situatie een goede juridische grondslag te vinden voor het oordeel dat dan sprake is van ongerechtvaardigde verrijking, omdat de omstandigheid dat de levering (toch) heeft plaatsgevonden (vrijwel) geheel aan de energieleverancier

moet worden toegerekend en daarmee het karakter heeft van een opgedrongen prestatie.⁶ Ook het hof slaagt er op dit punt niet in een overtuigende redenering op te zetten: het beperkt zich tot de constatering dat de consument verrijkt is, Nuon verarmd is en dat de verrijking ongerechtvaardigd is omdat de levering geen grondslag vindt in een overeenkomst nu deze ontbonden was, en dat de stelling dat de verrijking aan de consument is opgedrongen, onvoldoende is om tot de conclusie te kunnen komen dat het niet redelijk is dat de consument de waarde van de levering niet behoeft te vergoeden. Kennelijk is de enkele constatering dat de consument anders aan Eneco had moeten betalen, voldoende voor de (gedeeltelijke) toewijzing van de vordering van Nuon. Dat lijkt mij niet onterecht, maar juridisch lijkt mij dit vooral een billijkheidsoordeel. Het was mijns inziens zuiverder (maar mogelijk in cassatie eenvoudiger te bestrijden) geweest indien het hof dat met zoveel woorden zou hebben gesteld.

5. De situatie na omzetting van de Richtlijn consumentenrechten

Na omzetting van de Richtlijn consumentenrechten zal op een aantal punten meer duidelijkheid ontstaan. Het toekomstige artikel 6:230o lid 1 onderdeel c BW maakt duidelijk dat voor de levering van energie en water een bedenktijd van veertien kalenderdagen na contractsluiting bestaat. Levering tijdens de bedenktijd is mogelijk indien de consument hier uitdrukkelijk om verzoekt,⁷ maar laat de mogelijkheid tot ontbinding onverlet. Wel dient de consument de tijdens de bedenktijd op haar uitdrukkelijk verzoek geleverde energie te vergoeden indien zij vervolgens alsnog tot ontbinding overgaat (artikel 6:230s lid 4 BW (ontwerp)). De duur van de bedenktijd wordt volgens artikel 6:230o lid 2 BW (ontwerp) met ten hoogste een jaar verlengd indien de leverancier niet op ‘duidelijke en begrijpelijke wijze’ de voorwaarden, de termijn en de modaliteiten voor de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid heeft verstrekt of heeft nagelaten om het modelformulier voor ontbinding aan de consument te verstrekken. De leverancier die deze informatieplicht schendt, maar wel tot levering overgaat, of de energie levert tijdens de bedenktijd zonder daartoe uitdrukkelijk te zijn verzocht door de consument, wordt daar flink voor gestraft: indien de consument vervolgens alsnog ontbindt, kan zij volgens artikel 6:230s lid 5 BW (ontwerp) niet worden verplicht de afgenomen energie te vergoeden. De principiële uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch over de noodzaak om de ontbindingsbevoegdheid in de bevestigingsbrief zelf te vermelden, krijgt daarmee onder het nieuwe recht veel verdergaande gevolgen dan hij in het hier besproken arrest heeft.

Tot slot het volgende. De wettelijke regeling is beperkt tot overeenkomsten die op afstand of buiten verkooppromten zijn gesloten: voor overeenkomsten die in een verkooppromte zijn gesloten – waaronder blijkens artikel

5. Uit de uitspraak van het hof leid ik af dat de consument in deze zaak een vrouw is. In verband met de consistentie van het taalgebruik in de noot zal ik ook hierna de vrouwelijke vorm aanhouden.

6. M.B.M. Loos, ‘De totstandkoming en bedenktijdregeling van op afstand gesloten energieleveringsovereenkomsten’, *TvC* 2012, afl. 1, p. 9.

7. Zie toekomstige artikel 6:230t lid 3 (bij koop buiten verkooppromten) en toekomstige artikel 230v lid 8 BW (bij koop op afstand).

6:230g lid 1 onderdeel g BW (ontwerp) ook marktkramen en stands op een jaarbeurs zijn te verstaan – geldt wel een informatieplicht, maar geen ontbindingsbevoegdheid. Opmerking verdient echter dat de bedenktijdregeling volgens de algemene voorwaarden van de energieleveranciers ook geldt indien de overeenkomst niet op afstand of buiten verkooppunten is gesloten, maar op het kantoor van de energieleverancier of bij een stand op een beurs is gesloten. Nu de algemene voorwaarden geen onderscheid tussen de wettelijke bedenktijdregeling en

deze (beperkte) contractuele uitbreiding daarvan maken, ligt het mijns inzien voor de hand om ten aanzien van een (alleen) onder de contractuele bedenktijdregeling vallende overeenkomst de bepalingen van de hierboven genoemde artikelen analoog toe te passen: iedere andere regeling zou niet of nauwelijks hanteerbaar zijn en ook niet op ‘duidelijke en begrijpelijke wijze’ aan consumenten kunnen worden uitgelegd.

Prof. mr. M.B.M. Loos

Handelspraktijken

Hof van Justitie 17 oktober 2013

(*M. Ilešič, C.G. Fernlund, A. Ó Caoimh, C. Toader en E. Jarašiūnas, A-G M. Wathelet*)
Zaak C-391/12

(*RLvS Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH; ‘Good News’*)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *oneerlijke handelspraktijken*
- *werkingsbereik*
- *misleidende omissie ‘advertorial’*
- *uitgever treedt niet op namens adverteerder*

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (‘richtlijn oneerlijke handelspraktijken’) (PB L 149, blz. 22), en van punt 11 van bijlage I bij deze richtlijn.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen RLvS Verlagsgesellschaft mbH (hierna: ‘RLvS’) en Stuttgarter Wochenblatt GmbH (hierna: ‘Stuttgarter Wochenblatt’), betreffende de mogelijkheid RLvS te verbieden om tegen betaling advertenties in een krant te publiceren of te laten publiceren zonder dat deze de vermelding ‘advertentie’ (‘Anzeige’) bevatten.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

Richtlijn 2005/29

3. De punten 6 tot en met 8 van de considerans van richtlijn 2005/29 luiden als volgt:

‘(6) [D]e wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken, waaronder oneerlijke reclame, die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concu-

renten onrechtstreeks schaden, [wordt] bij deze richtlijn geharmoniseerd. Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel beschermt deze richtlijn de consumenten tegen de gevolgen van oneerlijke handelspraktijken indien deze gevolgen substantieel zijn, maar erkent de richtlijn ook dat de gevolgen voor de consumenten in sommige gevallen verwaarloosbaar kunnen zijn. Deze richtlijn is niet van toepassing of van invloed op de nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die alleen de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren; met volledige inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel behouden de lidstaten de mogelijkheid dergelijke praktijken aan banden te leggen, overeenkomstig de communautaire wetgeving, indien zij zulks wensen. (...)’

(7) Deze richtlijn betreft handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden van beslissingen van de consument over transacties met betrekking tot producten. (...)’

(8) Deze richtlijn beschermt de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Daarnaast beschermt zij indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen; hierdoor is binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn een eerlijke concurrentie gewaarborgd. Uiteraard zijn er andere handelspraktijken waardoor weliswaar niet de consumenten maar wel concurrenten en zakelijke klanten worden benadeeld. De Commissie dient zorgvuldig na te gaan in hoeverre buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn communautair optreden op het gebied van oneerlijke concurrentie noodzakelijk is en in voorkomend geval een wetgevingsvoorstel betreffende die andere aspecten van oneerlijke concurrentie op te stellen.’

4. Volgens artikel 2, sub b, van richtlijn 2005/29, is een ‘handelaar’ ‘een natuurlijke persoon of rechtspersoon die [de] handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekening van hem optreedt’. Volgens artikel 2, sub d, omvatten ‘handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten’ ‘iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie,