

ANNOTATIE BIJ RECHTBANK ASSEN 15 FEBRUARI 2011

LJN BP4835

1. De rechtbank te Assen (sector kanton) heeft een opvallende uitspraak gedaan over de kwalificatie van een energieleveringscontract onder de wet koop op afstand. Het gaat met name om de vraag of de *cooling off* periode van toepassing is op een energieleveringscontract. Ondanks een wettelijke uitzondering voor “zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden”, oordeelt de rechtbank toch dat de cooling off periode van toepassing is.
2. In deze zaak is de consument per telefoon benaderd met de vraag of hij wilde overstappen naar de Nederlandse Energie Maatschappij (“NEM”). De NEM zou over een geluidsopname van het gesprek beschikken. Toen de consument met de overstap bekend werd, is hij direct in actie gekomen en heeft kenbaar gemaakt dat hij geen overeenkomst met de NEM wenste. Er heeft uiteindelijk levering door NEM plaatsgevonden en die is binnen een termijn van drie maanden na aanvang alsnog beëindigd.
3. In de onderhavige uitspraak is door middel van een telefoongesprek beweerdelijk een overeenkomst gesloten tussen NEM en gedaagde^[1]. Hiermee wordt het terrein van de op afstand gesloten overeenkomst betreden. Indien er tevens sprake is van een consumentenkoop, betreft dit een koop op afstand in de zin van art. 7:46a BW. Gezien het feit dat het naar de bewoordingen van art. 7:5 lid 1 BW bij een consumentenkoop gaat om ‘koop met betrekking tot een roerende zaak, elektriciteit daaronder begrepen’, heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de regels inzake koop op afstand voor zaken van toepassing zijn. Een overeenkomst tot energielevering valt naar de letter van de wet immers onder het begrip consumentenkoop.
4. Deze regels, zoals vermeld in afdeling 9A van Titel 1 in Boek 7 (Wet koop op afstand), bieden de consument additionele bescherming zoals een duidelijke informatieverstrekking door de verkopende partij. De meest relevante bepaling in verband met onderhavige uitspraak betreft echter het ontbindingsrecht van de consument ex art. 7:46d lid 1 BW, ook wel genoemd het herroepingsrecht of de afkoelingstermijn.
5. De consument heeft op basis van dit artikel gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak het recht de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien de wederpartij niet aan zijn informatieverplichtingen heeft voldaan, geldt hiervoor zelfs een termijn van drie maanden.
6. Het ontbindingsrecht bij koop op afstand is een krachtige rechtsbepaling voor de consument. Het werkt echter niet onbepaald. De wet formuleert een aantal uitzonderingen op het ontbindingsrecht. Het gaat hierbij voornamelijk om gevallen waarin een eenvoudige teruggave van de zaak niet meer mogelijk is, geen redelijk doel meer dient, of de belangen van verkopers anderszins onevenredig zou schaden.^[2] In dit geval is met name van belang dat het ontbindingsrecht niet geldt voor zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden (art. 7:46d lid 4 sub b 3° BW).
7. Aan de uitzondering voor zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden, is nauwelijks aandacht besteed in de parlementaire geschiedenis.^[3] De Richtlijn die ten

^[1] Overigens had de rechtbank mijns inziens ook wel iets meer kunnen zeggen over de vraag of de koop per telefoon in deze kwestie voldoet aan de strenge vereisten voor aanbod en aanvaarding bij telefonische verkoop.

^[2] Asser/Hijma 5-I 2010 Bijzondere overeenkomsten, Boek 7, art. 46d, aant. 94e.

^[3] *Kamerstukken II 1999/00*, 26 861, nr. 3, p. 23 (Memorie van Toelichting).

grondslag ligt aan de Wet Koop op afstand neemt de onderliggende uitzonderingen op het ontbindingsrecht ook voor voldoende duidelijk aan,^[4] en wijdt daar ook niet noemenswaardig over uit in de desbetreffende Memorie van Toelichting.^[5] Kennelijk spreekt de bepaling dus voor zich.

8. De vraag is: geldt deze uitzondering op het ontbindingsrecht ook bij de levering van elektriciteit?
9. Ondanks dat de rechtbank vaststelt dat eenmaal geleverd gas en elektra niet worden teruggezonden, oordeelt de rechtbank desalniettemin dat de uitzondering van artikel 7:46d lid 4 sub b 3° BW niet van toepassing kan worden geacht op een overeenkomst tot energielevering, en aldus dat de consument zijn ontbindingsrecht behoudt.
10. De rechtbank motiveert haar oordeel als volgt. Bij een overeenkomst tot levering van gas en elektra gaat het niet om een eenmalig geleverde prestatie, maar is sprake van een duurovereenkomst. Door ontbinding kan verdere levering ongedaan worden.
11. De wet laat mijn inziens weinig ruimte voor een dergelijke interpretatie, althans voor een 'uitzondering op de wettelijke uitzondering'. Immers, het ontbindingsrecht geldt eenvoudigweg niet indien zaken door hun aard niet kunnen worden teruggezonden. En de rechtbank beaamt bovendien letterlijk dat gas en elektra niet kunnen worden teruggezonden.
12. De rechtbank motiveert haar oordeel verder nog met de overweging, dat niet valt 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". Eerlijk gezegd weet ik niet zo goed wat de rechtbank hier nu mee wil zeggen. Ik zie er in ieder geval wederom een bevestiging in dat gas en elektra volgens de rechtbank niet teruggezonden kunnen worden.
13. Het lijkt er overigens op dat de rechtbank zich het een stuk makkelijker had kunnen maken. Uit de stellingen van NEM leidt de rechtbank namelijk af dat de eigen voorwaarden van NEM ook bepalen dat de overeenkomst binnen een termijn van 7 werkdagen zonder opgave van redenen kan worden beëindigd.
14. De Rechtbank Assen heeft zich al eerder in dezelfde bewoordingen uitgelaten inzake het ontbindingsrecht bij een energieleveringsovereenkomst.^[6] Voorts, in sterk dezelfde bewoordingen werd recentelijk door de Rechtbank Leeuwarden hetzelfde rechtsoordeel geveld, waarbij Leeuwarden zelfs oordeelt dat de verlengde termijn van 3 maanden van toepassing is.^[7]
15. Tenslotte heeft tevens de Rechtbank Utrecht recent een uitspraak gedaan omtrent het ontbindingsrecht van art. 7:46d BW en de levering van elektriciteit.^[8] Ook uit die uitspraak blijkt dat het ontbindingsrecht bij een energieleveringsovereenkomst de consument niet wordt ontzegd. De Rechtbank Utrecht betreft daar ook artikel 7:46i bij, de koop op afstand tot het verrichten van diensten. dat lijkt mij overigens onjuist, omdat 7:5 BW lid 1 letterlijk vermeldt dat elektriciteit onder de noemer roerende zaak wordt begrepen.

^[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 (PbEG Nr. L 144).

^[5] Voorstel voor een richtlijn van de raad betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, COM(91) 11 def., 20 mei 1992, p. 20 (Memorie van Toelichting).

^[6] Rb. Assen 7 december 2010, *LJN* BO8188

^[7] Rb. Leeuwarden 9 februari 2011, *LJN* BP5786;.

^[8] Rb. Utrecht 2 maart 2011, *LJN* BP6621.

16. De consequentie van deze lijn in de jurisprudentie is een bijzondere inperking van de wettelijke uitzonderingsgronden van het ontbindingsrecht bij koop op afstand. Ik zie daar geen ruimte voor, en het draagt niet mee aan de rechtszekerheid.