

# Consumentencontracten en -geschilbeslechting in de energiesector

mr. R. van Neck\*

## 1. Inleiding

Consumentencontracten voor de levering van energie leiden veelvuldig tot geschillen tussen leveranciers en consumenten. Dat lijkt mede te worden veroorzaakt doordat consumentencontracten voor de levering van energie een aparte plaats innemen binnen het civielrechtelijke consumentenrecht. De wetgever heeft gekozen voor toepassing van het wettelijke regime voor consumentenkoop op deze levering.<sup>1</sup> Dat betekent dat voor deze levering dezelfde regelgeving geldt als voor de koop van roerende zaken, terwijl die regelgeving niet is toegesneden op levering van energie. De uitspraken van de Geschillencommissie Energie en Water en (kanton)rechters over consumentencontracten voor de levering van energie laten zien dat deze situatie soms tot verrassende uitspraken leidt.

In dit artikel zal de geschilbeslechting door de Geschillencommissie Energie en Water besproken worden.<sup>2</sup> Voorts zal worden ingegaan op een aantal veelvoorkomende geschilpunten ten aanzien van consumentencontracten in de energiesector, waarbij gekozen is voor een civielrechtelijke invalshoek. Hierbij zullen de recente ontwikkelingen ten aanzien van veel voorkomende geschilpunten de revue passeren, zoals het ontstaan/bestaan van overeenkomsten, bedenkttermijnen waarbinnen de overeenkomst ongedaan kan worden gemaakt (zoals bij verkoop op afstand en colportage) en terugbetaling van reeds geleverde energie. Ook zal een aantal relevante actualiteiten kort worden aangestipt, zoals de Richtlijn Consumentenrechten.<sup>3</sup>

## 2. Geschillencommissie Energie en Water

### 2.1 Inleiding

De Geschillencommissie Energie en Water (hierna: Geschillencommissie) is aangesloten bij de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (hierna: SGC).

De SGC bestaat sinds 1970 en heeft 48 geschillencommissies die klachten over verschillende onderwerpen behandelen.<sup>4</sup> Nederland is overigens een van de weinige Europese Lidstaten die deze vorm van alternatieve geschillenbeslechting van consumentengeschillen kent. Op 19 november 2011 is een concept EU Richtlijn (hierna: de Richtlijn ADR consumenten) gepresenteerd die beoogt om alternatieve geschilbeslechting van consumentengeschillen ook in andere lidstaten verplicht te stellen.<sup>5</sup>

Naast de SGC bestaat de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf (hierna: SGBB). De SGBB is opgericht in 1999 en behandelt klachten tussen bedrijven. Er zijn vijf geschillencommissies die zakelijke geschillen behan-

delen; voor de energiesector is dat de Geschillencommissie Energie en Water Zakelijk. De SGBB en de Geschillencommissie Energie en Water Zakelijk zullen in dit artikel verder buiten beschouwing worden gelaten.

De Geschillencommissie bestaat uit drie leden, een voorzitter, aangezocht door de SGC, een lid voorgedragen door de Consumentenbond en een lid voorgedragen door de overkoepelende organisaties van de energie- en waterbedrijven, Vewin, de Vereniging Energie-Nederland en de Vereniging Netbeheer Nederland samen.

De meest recente jaarverslagen van de Geschillencommissie (2009 en 2010; onderdeel van de jaarverslagen van de SGC) laten een vrij constant beeld zien van de top 5 aan klachten.<sup>6</sup> Veelvoorkomende klachten zijn klachten over een switch naar een andere leverancier, administratieve klachten en klachten over de meterstand (geschatte meterstanden en navordering). De klachten over switches laten zich veelal vertalen naar vragen omtrent het bestaan van een overeenkomst, ongewenst overgezet worden na verkoop op afstand of colportage en de discussies die ontstaan over betalen voor reeds geleverde energie wanneer een overeenkomst alsnog wordt geannuleerd. Deze onderwerpen en diverse uitspraken

---

\* Roelien van Neck is advocaat-partner bij Bird & Bird LLP.

1. Art. 7:5 lid 1 BW.
2. Dit artikel is deels een vervolg op het artikel 'Consumentenbescherming in het energierecht' van mr. H. de Krom e.a., *NTE* 3/4 oktober 2009, met dien verstande dat hier is gekozen voor uitsluitend een privaatrechtelijke invalshoek. Dat betekent dat niet wordt ingegaan op de levering en facturering (waaronder ook het leveranciersmodel) door leveranciers zoals bedoeld in hoofdstuk 8 Elektriciteitswet en hoofdstuk 5 Gaswet. Over de werkzaamheden van de Geschillencommissie verscheen in dit tijdschrift eerder het artikel 'In gesprek met de Geschillencommissie Energie en Water, S.S. Bakker e.a.', *NTE* 2007/3.
3. Richtlijn 2011/83/EU van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten.
4. <http://www.degeschillencommissie.nl/over-ons/over-de-organisatie>.
5. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Richtlijn ADR consumenten); Brussel, 29.11.2011, COM(2011) 793 definitief, 2011/0373 (COD).
6. Jaarverslag SGC 2009, p. 56-60, Jaarverslag 2010, p. 55-60, <http://www.degeschillencommissie.nl/over-ons/jaarverslag>.

hierover van de Geschillencommissie zullen verder hieronder worden belicht.

In 2009 werden 2493 klachten ingediend bij de Geschillencommissie (zie Jaarverslag 2009). Hiervan werd een groot aantal geschikt in onderling overleg. Er werden uiteindelijk 326 uitspraken gedaan, waarbij ongeveer de helft van de klachten geheel of ten dele gegrond werd verklaard, ongeveer de helft ongegrond verklaard en bij een kleine minderheid geen inhoudelijke behandeling volgde, omdat de Geschillencommissie niet bevoegd was, de consument niet-ontvankelijk werd verklaard of omdat partijen ter zitting alsnog een schikking troffen.

In 2010 werden 1334 klachten ingediend en uiteindelijk 661 uitspraken gedaan, waarbij van ongeveer een derde de klacht geheel of gedeeltelijk gegrond werd verklaard, bij de helft de klacht ongegrond werd verklaard. Bij het overgrote deel van de ingediende klachten kwam het niet tot een inhoudelijke behandeling vanwege onbevoegdheid of omdat partijen alsnog een schikking troffen.

## 2.2 Werkwijze en bevoegdheid Geschillencommissie

De werkwijze van de Geschillencommissie is neergelegd in het Reglement Geschillencommissie Energie en Water (Reglement), zoals dat per 13 januari 2011 geldt. Het Reglement is te vinden via de website van de SGC.

De Geschillencommissie behandelt klachten van consumenten tegen het energie- of waterbedrijf dat gas, water, elektriciteit of stadsverwarming levert. De commissie heeft tot taak om geschillen tussen consument en ondernemer te beslechten, voor zover deze betrekking hebben op de totstandkoming of de uitvoering van overeenkomsten met betrekking tot de aansluiting en/of levering van gas, drinkwater, warmte of elektrische energie en daarmee samenhangende leveringen en diensten (art. 3 Reglement).

De Geschillencommissie is bevoegd om een geschil te behandelen indien en voor zover partijen zijn overeengekomen zich aan het bindende advies van de Geschillencommissie te onderwerpen (art. 4 Reglement). In de regel vindt dit plaats doordat leveranciers zich hebben verbonden aan geschilbeslechting door de Geschillencommissie middels registratie bij de SGC, en dit ook als wijze van geschilbeslechting hebben opgenomen in hun algemene voorwaarden.

Als voorwaarde voor registratie bij de SGC wordt onder andere gesteld dat de onderneming 'goede algemene voorwaarden' hanteert, dat wil zeggen algemene voorwaarden die 'op alle onderdelen hetzelfde zijn als de algemene voorwaarden die de brancheorganisatie(s) en de consumentenorganisaties opgesteld hebben'.<sup>7</sup> Ten aanzien van de levering van elektriciteit zijn dit 'De Algemene Voorwaarden 2006 voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers'. Ten aanzien van de levering van gas zijn dit 'De Algemene Voorwaarden 2006 voor de levering van gas aan kleinverbruikers'. Deze sets 'Model Algemene Voorwaarden' zijn opgesteld door de Vereniging Energie-Nederland en de Consumentenbond.

In de praktijk eist de Energiekamer van de Nederlandse Mededingingsautoriteit in het kader van aanvragen voor leveringsvergunning ten aanzien van klachten en geschillenregeling dat geschillen aan een onafhankelijke geschillencommissie moeten kunnen worden voorgelegd en dat dat in de praktijk de SGC is. Langs deze weg zijn veel leveranciers verplicht zich aan te sluiten bij de SGC om geschillen te laten beslechten door de Geschillencommissie.

Daarnaast kunnen partijen afzonderlijk overeenkomen om een geschil voor te leggen aan de Geschillencommissie, mits de leverancier aangesloten is bij de SGC.

De Geschillencommissie is voor veel consumenten een aantrekkelijk alternatief voor een gang naar de rechter, nu de geschilbeslechting door de Geschillencommissie laagdrempelig is en ook minder kostbaar dan de gang naar de rechter. Degene die een geschil voorlegt, dient een door de Stichting Geschillencommissies vastgesteld klachtgeld te betalen (art. 8.1 Reglement) (thans EUR 25,-).

In beginsel oordeelt de Geschillencommissie enkel over geschillen waarvan het financiële belang lager ligt dan EUR 5.000,-. Voor geschillen met een hoger belang is de Geschillencommissie bevoegd, indien beide partijen daarmee instemmen.

## 2.3 Procedure Geschillencommissie

De procedure is eenvoudig. Een consument kan zijn klacht schriftelijk indienen door middel van een vragenformulier en de klacht kan daarna mondeling toegelicht worden ter zitting van de Geschillencommissie (art. 7-15 Reglement). Een verkorte procedure geldt voor geschillen omtrent betalingsregelingen waarbij afsluiting dreigt (art. 26-29 Reglement). Indien het geschil ziet op de betaling van een dienst en/of zaak en een consument de betaling van het betreffende bedrag geheel of gedeeltelijk achterwege heeft gelaten, dan stelt de Geschillencommissie doorgaans de eis dat dit bedrag bij de Geschillencommissie wordt gedeponereerd (art. 9 Reglement). In het bindend advies van de Geschillencommissie bepaalt de Geschillencommissie mede bestemming van dit in depot gestort bedrag.

Indien het geschil aanhangig is gemaakt door een consument en zijn/haar klacht wordt geheel of gedeeltelijk gegrond bevonden, dan kan de Geschillencommissie tevens bepalen dat het klachtgeld aan de consument moet worden vergoed (art. 21.1 Reglement).

## 2.4 Uitspraken

### 2.4.1 Uitspraak in de vorm van bindend advies

De Geschillencommissie doet uitspraken in de vorm van een bindend advies of door een schikking tussen partijen te bevorderen (art. 3 Reglement). De Geschillencommissie oordeelt daarbij naar redelijkheid en billijkheid met inachtneming van de tussen partijen geldende overeenkomst. Voor zover condities van toepassing zijn die niet stroken met de hiervoor aangehaalde 'Modelvoorwaarden' past de Geschillencommissie deze laatstbedoelde voorwaarden toe. (art. 16 lid 1 Reglement). Uit de uitspraken van de Geschillencommissie blijkt dat ook de regels van dwingendrechtelijke consumentenbescherming worden toegepast. Echter, de Geschillencommissie kan daar ook van afwijken. Dat komt doordat het bindend advies is aan te merken als een zogenaamde vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW). Een vaststellingsovereenkomst is ook dan geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of openbare orde (art. 7:902 BW). Dat geeft de Geschillencommissie dus de ruimte om in beslissingen af te wijken van dwingendrechtelijke bepalingen. Tevens volgt daaruit dat

7. <http://www.degeschillencommissie.nl/ondernemers/registratie>.

een rechter een zeer beperkte marge heeft om uitspraken van de Geschillencommissie te toetsen, waarover meer hieronder.

De uitspraken zijn vaak kort en bij publicatie worden de namen van beide partijen doorgaans weggelaten. In sommige gevallen is ook de datum van een uitspraak onvermeld.

#### 2.4.2 Vernietiging

Vernietiging van een bindend advies is op grond van art. 7:904 lid 1 BW mogelijk indien gebondenheid daaraan in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Indien een bindend advies alsdan vernietigd wordt, dan kan de rechter zelf een beslissing nemen, tenzij uit de overeenkomst of de aard van het bindend advies voortvloeit dat deze op andere wijze moet worden vervangen (art. 7:904 lid 2 BW).

Indien een van de partijen een bindend advies van de Geschillencommissie wil voorleggen aan de rechter, dan dient dat binnen twee maanden na verzending van de uitspraak van de Geschillencommissie plaats te vinden. De rechter zal het bindend advies enkel vernietigen indien de uitspraak, in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming, in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (marginale toetsing) (art. 30 Reglement).

Uit de jaarverslagen van de Geschillencommissie noch uit de gepubliceerde rechtspraak valt op te maken hoe vaak een uitspraak voorgelegd wordt ter toetsing door de rechter. Uit de gepubliceerde rechtspraak valt op te maken dat het merendeel van de vorderingen tot vernietiging afgewezen wordt. Slechts bij evidente missers worden uitspraken van de Geschillencommissie vernietigd.

Hieronder volgen ter illustratie twee voorbeelden van vernietiging van uitspraken van de Geschillencommissie. In de zaak Nuon Customer Care Center / gedaagde ging het om een uitspraak van de Geschillencommissie die zag op de leveringsovereenkomst tussen NV Nuon Energie en de gedaagde (consument).<sup>8</sup> Op grond van de daarop van toepassing zijnde algemene voorwaarden gold een beperking van aansprakelijkheid en de gedaagde achtte deze onredelijk. De Geschillencommissie oordeelde dat op grond van art. 7:6 BW dat sprake was van een niet toegestane beperking van aansprakelijkheid. De rechter oordeelde evenwel dat deze uitspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was omdat de betreffende schade niet was voortgevloeid uit de leveringsovereenkomst, maar uit de transportovereenkomst die door de gedaagde met NV Continuon Netbeheer was gesloten. De kantonrechter oordeelde dat uit de uitspraak van de Geschillencommissie niet blijkt dat de Geschillencommissie heeft onderkend dat sprake is van twee verschillende overeenkomsten en zich evenmin de vraag heeft gesteld of de schade is voortgevloeid uit de leveringsovereenkomst dan wel de transportovereenkomst, terwijl, aldus de rechter, niet een geschil was dat de schade die zich heeft voorgedaan het gevolg is van een tekortkoming in de uitvoering van de transportovereenkomst. Volgens de rechter zou het niet te aanvaarden gevolg van de uitspraak van de Geschillencommissie zijn dat de leverancier aansprakelijk zou zijn voor schade als gevolg van een mankement waarvoor niet hij maar de netbeheerder aansprakelijk is. Een ander voorbeeld betreft de zaak Liander N.V./ gedaagde.<sup>9</sup> Ook in dit geval draaide de zaak om een beperking van

aansprakelijkheid. Liander wenste zich te beroepen op de beperking van aansprakelijkheid opgenomen in haar algemene voorwaarden ter afwering van een vordering tot schadevergoeding van de gedaagde (consument). De Geschillencommissie had geoordeeld dat Liander niet had aangetoond dat sprake was van een overeenkomst. Bij gebreke daarvan konden de algemene voorwaarden ook niet van toepassing zijn, aldus de Geschillencommissie. De kantonrechter vernietigde deze uitspraak omdat de gedaagde nimmer had gesteld dat geen sprake zou zijn van een overeenkomst en de beperking van aansprakelijkheid reeds daarom al niet van toepassing zou kunnen zijn; zij had enkel gesteld dat de beperking van aansprakelijkheid niet redelijk was. Volgens de kantonrechter was het oordeel van de Geschillencommissie dan ook onbegrijpelijk en onjuist en had de Geschillencommissie in redelijkheid niet tot deze uitspraak kunnen komen.

### 3. Overzicht en ontwikkelingen ten aanzien van veel voorkomende geschilpunten

#### 3.1 Bestaan / totstandkoming van overeenkomsten

Hieronder worden recente ontwikkelingen besproken ten aanzien van onderwerpen die geregeld tot geschillen leiden tussen consumenten en leveranciers.

Overeenkomsten komen, conform de hoofdregel, tot stand door aanbod en aanvaarding (art. 6:217 BW). Aanbod en aanvaarding kunnen uitdrukkelijk of stilzwijgend plaatsvinden of zelfs uit de omstandigheden worden afgeleid. Daarvoor moeten dan wel voldoende omstandigheden aanwezig zijn.

#### 3.2 Stilzwijgend aanbod en aanvaarding

Voor het bestaan van een stilzwijgende leveringsovereenkomst is conform de hoofdregel nodig dat de consument de wil tot het sluiten daarvan heeft kenbaar gemaakt, hetzij door een verklaring dan wel door gedragingen die het bedrijf redelijkerwijs als wilsverklaring mocht opvatten. Wanneer een aanvaarding wordt betwist, dan zal het aan de leverancier zijn om aan te tonen dat toch een overeenkomst tot stand is gekomen. De praktijk laat zien dat er verschillende uitkomsten mogelijk zijn.

#### 3.3 Voorbeelden geen aannname stilzwijgende overeenkomst

In de hierna genoemde uitspraken waren er onvoldoende feiten en omstandigheden om het bestaan van een overeenkomst aan te nemen.

In de zaak met kenmerk 93.065 (3 november 1993) oordeelde de Geschillencommissie dat een waarschuwing van een consument aan de leverancier dat de levering wegens sloop van het betreffende pand kon worden beëindigd, onvoldoende is om een stilzwijgende overeenkomst aan te nemen. Indien een schriftelijke leveringsovereenkomst ontbreekt, rust de bewijslast voor wat betreft het bestaan van een stilzwij-

8. Rechtbank Amsterdam, 14 augustus 2007 (kenmerk 06-24644), *NTE* 2007, 4, p.207 (NV Nuon Customer Care Center / Gedaagde).

9. Rechtbank Den Haag, sector kanton, 5 augustus 2009, *LJN* BJ5496 (Liander N.V./X).

gende overeenkomst op de leverancier, aldus de Geschillencommissie.

Ook inschrijving in het bevolkingsregister als hoofdbewoner van een woning noch het feitelijke gebruik van de woning is op zichzelf voldoende om een stilzwijgende leveringsovereenkomst aan te nemen. Voor het bestaan van een stilzwijgende leveringsovereenkomst is nodig dat de consument de wil tot het sluiten daarvan heeft kenbaar gemaakt, hetzij door een verklaring dan wel door gedragingen die het bedrijf redelijkerwijs als wilsverklaring mocht opvatten (zaak 94.032, 18 november 1994).

Het plaatsen van aparte meters in verschillende onderdelen van een woning of gebouw kan ook niet zonder meer worden opgevat als een gedraging die is gericht op het sluiten van een overeenkomst (zaak 02.0551 van 3 december 2003). Complexer wordt het wanneer sprake is van gemengde woonvormen, zoals woongroepen of studentenhuizen. In zaak 96.101 (22 januari 1997) was sprake van een aansluiting in een studentenhuus. Daar deed zich het geval voor dat een consument koos voor wijziging van de bestaande leveringsovereenkomst, zodanig dat deze op zijn naam kwam te staan en niet voor een eindafrekening ten name van de vorige contractant. De leverancier stelde dat de consument daarmee de schulden van de vorige contractant had overgenomen. De Geschillencommissie oordeelde echter dat van een geldige contractoverneming geen sprake kon zijn, omdat aan de vereisten daarvoor (te weten medewerking van vorige contractant en een schriftelijke overeenkomst tussen vorige en huidige contractant (art. 6:159 BW) niet was voldaan. De ondertekening door de consument van een document waarin zij verklaart alle verschenen energienota's te zullen betalen, was volgens de Geschillencommissie onvoldoende om te worden beschouwd als een gedraging waarin een overeenkomst tot schuldoverneming besloten ligt.

In zaak 08-1445 (21 april 2009) eiste een leverancier betaling voor leveranties van gas in een periode voorafgaand aan de aanmelding van deze consument. Het ging hier om een studentenhuus waarbij een andere huisgenoot als verbruiker bij een leverancier voor elektriciteit stond ingeschreven, maar deze persoon zich niet had ingeschreven bij een leverancier voor gas. Toen de consument zich als contractant aanmeldde voor energie, wilde de leverancier de achterstallige gasnota's bij deze consument in rekening brengen. De Geschillencommissie overwoog dat dit onterecht was en stelde dat het op de weg van de ondernemer had gelegen om de eerdere beëindiging van het energiecontract door de vorige bewoner pas te accepteren wanneer terstond het contract door een ander overgenomen zou worden. Dat dit niet is geschied, blijft voor rekening en risico van de ondernemer. De consument is niet aansprakelijk voor de levering van gas over de desbetreffende periode. Volgens de Geschillencommissie bestond geen overeenkomst en viel geen rechtsgrond aan te wijzen op grond waarvan de ondernemer gerechtigd zou zijn gasverbruik over die tussenliggende periode bij de consument in rekening te brengen.

### 3.4 Voorbeelden wél aanneme stilzwijgende overeenkomst

In andere, hieronder genoemde gevallen werden bepaalde feitelijke gedragingen wel voldoende geacht om stilzwijgende totstandkoming van een overeenkomst aan te nemen.

Een stilzwijgende overeenkomst kan ontstaan op basis van jarenlange afname van elektriciteit ten behoeve van een bepaald pand en het feit dat alle voorschotnota's en jaarreke-

ningen terzake van die leveranties zonder protest zijn voldaan door een bepaalde consument.<sup>10</sup> In een dergelijk geval mag de leverancier er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de consument met betrekking tot het desbetreffende pand een overeenkomst wilde aangaan.

In zaak 88.010 (13 oktober 1988) oordeelde de Geschillencommissie dat de contractant de betalingsplichtige is ook al is een ander de werkelijke verbruiker. Het ging hier om een zaak waarin een samenwoningsverband was beëindigd en de consument de woning had verlaten. De Geschillencommissie oordeelde dat de consument contractueel aansprakelijk is nu zij het contract niet heeft opgezegd, ook al staat vast dat de ex-partner de werkelijke verbruiker is.

Dat het omgekeerde ook voorkomt blijkt uit zaak 89.081 (28 september 1989). In deze zaak werd door de Geschillencommissie een stilzwijgende overeenkomst aangenomen, nu de consument gas verbruikte, dit via haar gironummer betaalde en zij bewoonster was van het pand, ook al stond het contract feitelijk op naam van een ander.

In het geval van een nieuwbouwwoning werd een leveringscontract aangegaan zes weken nadat de woning aan de consument was opgeleverd. Nu sprake was van verbruik in de tussenliggende periode, nam de Geschillencommissie een stilzwijgende overeenkomst aan (zaak 94.074, 8 november 1994).

### 3.5 Telefonische werving

Telefonische werving kan in dit verband tot specifieke complicaties leiden in het bijzonder wanneer telefonische aanvraag van een aanbod wordt betwist. Dergelijke complicaties kunnen ontstaan wanneer een ander dan de (beoogde) consument/klant het telefoongesprek voert of doordat, zoals gebruikelijk is, slechts een deel van het gesprek wordt opgenomen, namelijk dat deel waarin de essentialia van de overeenkomst worden vastgelegd (een zogenaamde 'voicelog'). In de zaak met kenmerk 08-1700 (10 juni 2009) werd door de consument niet alleen betwist dat er een overeenkomst tot stand was gekomen, maar ook dat hij degene was geweest met wie gesproken is. In het licht van die omstandigheden kwam de Geschillencommissie tot het oordeel dat er geen rechtsgeldige overeenkomst was aangegaan.

Inmiddels was ondanks de onterechte switch wel energie geleverd door de nieuwe leverancier. Daarover overwoog de Geschillencommissie dat de levering onverplicht was geweest. De Geschillencommissie concludeerde dat de consument evenwel met door hem ontvangen energie was verrijkt zodat hij het afgenomen verbruik wel diende te betalen. Het onderwerp van betaling voor levering in geval van onterechte switches of switches die nadien worden teruggedraaid wordt nader onder de loep genomen in de paragraaf over verkoop op afstand en colportage.

In zaak 08-2028 (22147) (van 24 maart 2009) ging het om een gesprek met de schoonzoon van de beoogde klant (consument), gevoerd vanaf het adres van de consument. De schoonzoon had in het telefoongesprek expliciet verklaard bevoegd te zijn om de overeenkomst aan te gaan. De commissie oordeelde dat de ondernemer erop mocht vertrouwen, gezien de mededeling van de schoonzoon van de consument vanaf het adres waar de levering feitelijk plaatsvond (of beter: zou moeten plaatsvinden, RvN), dat de schoonzoon van

10. Rechtbank Rotterdam, 16 december 2009, *LJN* BL3647 (Eneco Services/X).

de consument bevoegd was om de consument te vertegenwoordigen. De Geschillencommissie oordeelde dan ook dat er rechtsgeldig een overeenkomst tot stand was gekomen. Dat is een opvallend oordeel dat een nadere beschouwing verdient. De hoofdregel luidt immers dat wanneer iemand als gevolmachtigde in naam van een ander een rechtshandeling verricht zonder daartoe bevoegd te zijn, er in het geheel geen rechtshandeling tot stand komt. De onbevoegdheid heeft tot gevolg dat de achterliggende partij niet gebonden raakt. De pseudo-gevolmachtigde is dan immers buiten zijn bevoegdheden getreden (art. 3:66 lid 1 BW).

Er kan toch een overeenkomst tot stand komen indien sprake is van bekrachtiging (art. 3:69 BW) of wanneer gerechtvaardigd vertrouwd mocht worden op een toereikende volmachtverlening (art. 3:61 lid 2 BW). Daarvoor gelden echter wel strenge eisen. Er moet sprake zijn van een verklaring of gedraging (gewoonlijk aangeduid met 'toedoen') van de achterliggende partij, op basis waarvan de contracterende partij aannam of mocht aannemen dat er wel sprake was van een toereikende volmacht, danwel van feiten en omstandigheden die voor risico van onbevoegd vertegenwoordigde achterliggende partij komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.<sup>11</sup>

Het is opvallend dat in de bovengenoemde zaak het feit dat de schoonzoons aangaf bevoegd te zijn en het feit dat die mededeling werd gedaan vanaf het adres waar de levering feitelijk plaatsvond al voldoende werd geacht en dat op basis daarvan de leverancier mocht aannemen dat sprake was van een toereikende volmacht. Dat lijkt gelet op de wettelijke bepalingen en de rechtspraak over onbevoegde vertegenwoordiging een onjuist oordeel. Zeker nu de vraag van de bevoegdheid zo uitdrukkelijk aan de orde was gekomen tijdens het telefoongesprek, had het veeleer eerder op de weg gelegen van de leverancier om nader onderzoek te doen (bijvoorbeeld door in de bevestigingsbrief na het telemarketinggesprek daarover een vraag te stellen), voordat zonder meer een overeenkomst kon worden aangenomen.

## 4. Switches na verkoop op afstand of colportage

### 4.1 Wettelijke informatieplichten en bedenktijd

In geval sprake is van een overeenkomst die op afstand is gesloten, zoals een overeenkomst via de telefoon of via internet of door middel van colportage, dan genieten consumenten op grond van de wet dwingendrechtelijke aanvullende bescherming.

In geval van verkoop op afstand dient de leverancier de consument voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst en tijdig bij nakoming daarvan bepaalde informatie te verschaffen, zoals zijn identiteit en de belangrijkste kenmerken van de aangeboden producten en diensten (art. 7:46c BW). Ook heeft de consument een bedenktijd van 7 werkdagen om desgewenst alsnog van de overeenkomst af te zien en deze te ontbinden. Voldoet de leverancier niet aan zijn informatieverplichtingen, dan wordt deze bedenktijd verlengd tot 3 maanden (art. 7:46d BW).

In geval van colportage dient van de overeenkomst op straffe van nietigheid in tweevoud akte te worden opgemaakt (art. 24 Colportagewet). De consument kan de overeen-

komst daarna na ontbinden en wel uiterlijk op de achtste dag na de datum van de akte (art. 25 Colportagewet).

In de energiesector is het essentieel om extra alert te zijn op deze consumentenbeschermingsregels. Energie wordt in de rechtspraak en door de toezichthouder die toeziet op de naleving van de consumentenrechten, de Consumentenautoriteit, beschouwd als een relatief complex product omgeven met voor de gemiddelde consument ingewikkelde terminologie en regels.<sup>12</sup> In geval van colportage komt daarbij een dat de verkoper bij een consument thuis komt. In het besluit inzake Greenchoice waarin onder meer een boete werd opgelegd voor onvolledige en daardoor misleidende mededelingen in het kader van colportage liet de Consumentenautoriteit zwaar meewegen dat dit plaatsvond in het 'privédomein' van de consument, 'bij uitstek de plek waar diens vertrouwen niet beschaamd zou mogen worden', aldus de Consumentenautoriteit.<sup>13</sup>

### 4.2 Ontbinding overeenkomst; betaling?

Regelmatig ontstaan geschillen over de vraag wat er dient te gebeuren indien een overeenkomst op afstand of een overeenkomst die via colportage wordt gesloten naderhand wordt ontbonden maar er al wel geleverd is.

Ingevolge art 7:5 BW zijn de regels omtrent consumentenkoop ook van toepassing op de levering van elektriciteit en gas. Dat betekent dat deze onder hetzelfde regime vallen als dat voor roerende zaken. In geval van ontbinding brengt dat voor beide partijen een ongedaanmakingsplicht mee (art. 7:46d lid 3 voor wat betreft teruggave van hetgeen consument heeft betaald in geval van verkoop op afstand en art. 6:271 ev. BW in het algemeen). In geval van energie is 'teruggave' echter feitelijk onmogelijk zodat de vraag rijst hoe dergelijke gevallen dienen te worden afgewikkeld. Ingeval teruggave bij ontbinding niet mogelijk is, bepaalt de wet dat in plaats daarvan een waardevergoedingsplicht geldt (art. 6:272 lid 1 BW).

### 4.3 Onverschuldigde betaling; ongerechtvaardigde verrijking

Een vergelijkbare problematiek speelt ook in gevallen waarin geoordeeld wordt dat er überhaupt geen overeenkomst tot stand gekomen is maar waar wel sprake is geweest van levering en verbruik.

In dergelijke gevallen moest de Geschillencommissie oordelen over vorderingen op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) en ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW).

Van ongerechtvaardigde verrijking is sprake indien voor die verrijking geen redelijke grond aanwezig is. Degene die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking (art. 6:212 BW). Om schadevergoeding te kunnen vorderen is vereist dat sprake is van

11. HR 3 februari 2012, *LJN*: BU4909 (Fujitsu/Exel).

12. Besluit Consumentenautoriteit 6 september 2010, CA/NB/527/29 (Nederlandse Energie Maatschappij) randnr. 50-52, daarbij verwijzend naar: rechtbank Rotterdam 1 oktober 2003, *LJN* AL 4268 (Evolta/Eneco) r.o. 4.2. en rechtbank Rotterdam 15 november 2005, *LJN* AV 9825 (Eneco/Nederlandse Energie Maatschappij) r.o. 4.11.

13. Besluit Consumentenautoriteit 27 mei 2011, CA/NB/661/26 (Greenchoice).

verrijking van de een, verarming van de ander, een verband tussen de verrijking en de schade en de verrijking moet ongerechtvaardigd zijn. De verbintenis tot schadevergoeding die daaruit voortvloeit is evenwel niet onbeperkt. De verplichting om schade te vergoeden gaat niet verder dan het bedrag van de verrijking en ook niet verder dan het bedrag van de verarming. Voorts is er uitsluitend een schadevergoedingsverplichting voor zover dit redelijk is.<sup>14</sup>

Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking strekt tot het verkrijgen van schadevergoeding. Bij onverschuldigde betaling gaat het echter om het ongedaan maken van een geleverde prestatie. Het moet dan gaan om een prestatie die 'zonder rechtsgrond' is geleverd. Er mag (op het moment van presteren) geen rechtsverhouding aanwijsbaar zijn die het verrichten van de prestatie rechtvaardigt.<sup>15</sup> Indien de aard van de prestatie ongedaanmaking uitsluit, zoals in het geval van energie, dan geldt op grond van art. 6:210 lid 2 BW een verplichting om de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst te vergoeden, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten.

De Geschillencommissie hanteerde tot enige tijd geleden de lijn dat verbruik niet hoefde te worden betaald indien de levering aan een consument was 'opgedrongen'. De Geschillencommissie oordeelde in de bovengenoemde lijn dat teruglevering of ongedaanmaking naar zijn aard in geval van energie niet mogelijk is, maar dat aan de andere kant de consument door de onverschuldigd geleverde energie verrijkt was en in beginsel een vergoedingsplicht bestaat, echter alleen voor zover dit redelijk is. Bij de toetsing van de vraag of een vergoedingsplicht redelijk was, liet de Geschillencommissie zwaar meewegen dat indien sprake was van een ongewenste switch, die de consument in feite was 'opgedrongen'. Bovendien, zo oordeelde de Geschillencommissie in deze soort zaken, zou het een kwalijke zaak zijn indien de consument toch zou moeten betalen, omdat de ondernemer dan zonder enig risico door zou kunnen gaan met haar wervingspraktijken. Op basis daarvan achtte de Geschillencommissie het niet redelijk dat de consument de waarde van het geleverde zou moeten vergoeden.<sup>16</sup>

## 5. Nieuwe ontwikkelingen

### 5.1 Nieuwe lijn Geschillencommissie bij onterechte switches en annulering van contracten

Inmiddels heeft de Geschillencommissie een andere lijn gekozen in dit soort gevallen waarin sprake is van onterechte switches of annulering van contracten op basis van de Wet verkoop op afstand of de Colportagewet. Uit meer recente uitspraken blijkt dat de Geschillencommissie in dit soort zaken oordeelt dat werkelijk geleverde energie wel betaald dient te worden, in sommige gevallen conform de tarieven van de leverancier en in andere gevallen op basis van een door de Geschillencommissie redelijk geacht tarief.<sup>17</sup> Dit is ook de lijn die doorgaans door de kantonrechters wordt gevolgd.<sup>18</sup> Zie bijvoorbeeld Nederlandse Energie Maatschappij/X van 19 januari 2011.<sup>19</sup> In dit geval werd de vordering terzake onverschuldigde betaling toegewezen, zij het dat die slechts werd toegewezen tot 50% van de hoofdsom. De reden hiervoor was erin gelegen dat de leverancier niet kon aantonen dat er een overeenkomst tot stand was gekomen en de kantonrechter oordeelde dat, gelet op het ont-

breken van een overeenkomst, de consument een consumptief bestedingspatroon krijgt opgedrongen waarmee hij niet heeft ingestemd.

Echter, sommige kantonrechters oordelen anders. In een opvallend strenge toon werd in de zaak Oxxio/ gedaagde een vordering tot betaling op basis van onverschuldigde betaling afgewezen.<sup>20</sup> De rechter oordeelde in dit geval allereerst dat er geen overeenkomst tussen partijen tot stand was gekomen, en dat gedaagde niet van leverancier is gewisseld. De oude leverancier moest daarom worden aangemerkt als degene die de prestatie heeft verricht en daarvoor betaling kan verlangen. Over het ongedaan maken van de prestatie oordeelde de rechter dat een vergoedingsplicht in situaties als hier aan de orde niet als redelijk kan worden aangemerkt. Dit zou volgens de rechter de weg openen naar een praktijk waarbij energiemaatschappijen gebruikers tegen hun wil tot klant kunnen maken. Een vordering op basis van ongerechtvaardigde verrijking zou volgens de rechter om dezelfde redenen moeten stranden.

Indien een leverancier betaling wenst te verkrijgen op grond van ongerechtvaardigde verrijking, zal zij uiteraard wel moeten aantonen dat er sprake is van zogenaamde 'verarming'. Indien dat niet kan worden aangetoond, dan zal de Geschillencommissie of de kantonrechter de vordering afwijzen.<sup>21</sup>

### 5.2 Toekomstige ontwikkeling: Richtlijn Consumentenrechten

In de toekomst zal in ieder geval bij ontbinding van een overeenkomst op afstand of een via colportage gesloten overeenkomst een vaste lijn gevolgd moeten worden. Op grond van de Richtlijn Consumentenrechten is de consument verplicht om in dergelijke gevallen een bedrag te betalen dat evenredig is aan hetgeen reeds is geleverd op het moment dat het ontbindingrecht wordt uitgeoefend, vergeleken met de volledige uitvoering van de overeenkomst (art. 14 lid 3 Richtlijn Consumentenrechten). Hierbij geldt de in de overeenkomst genoemde prijs als grondslag en indien die excessief wordt geacht, de marktwaarde. Voorwaarde is wel dat de consument, via een speciaal door de leverancier te hanteren modelformulier, uitdrukkelijk moet hebben verzocht om levering aan te vangen gedurende de duur van de herroepingstermijn (art. 14 lid 4 sub a Richtlijn Consumenten-

14. J. Hijma, *T&C Vermogensrecht*, zesde druk, art. 6:212 BW aant. 3.

15. Zie bijvoorbeeld HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 (Breezand / Veere).

16. Zie ook zaak 06-2087 van 7 mei 2007 waarin het ging om werving via colportage.

17. Zie bijvoorbeeld de zaken 06-2254 van 17 januari 2007 en 07-0566 van 7 augustus 2007.

18. Gelet op het relatief lage financieel belang in geschillen tussen consumenten en energieleverancier worden deze doorgaans behandeld door de kantonrechter (zie art. 93 Rv dat bepaalt dat de kantonrechter bevoegd is om kennis te nemen van zaken betreffende vorderingen met een beloop van ten hoogste € 25.000).

19. Rechtbank Breda, sector kanton, 19 januari 2011, *LJN* BP 2254 (Nederlandse Energie Maatschappij/X).

20. Rechtbank Zwolle, sector kanton 13 juli 2010, *LJN* BV6630 (Oxxio Nederland BV / Gedaagde).

21. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Alkmaar, sector kanton, 3 januari 2011, *LJN* BP 0929 (Oxxio/X).

tenrechten). Het ligt voor de hand dat de Geschillencommissie deze regels na implementatie ook zal toepassen nu sprake is van maximumharmonisatie en Lid-Staten geen ruimte hebben om af te wijken van de bepalingen van de Richtlijn (art. 4 Richtlijn Consumentenrechten). Zoals genoemd heeft de Geschillencommissie via de figuur van het bindend advies ruimte om van dwingendrechtelijk recht af te wijken; echter het ligt voor de hand om aan te nemen dat de Geschillencommissie dwingendrechtelijke bepalingen als uitgangspunt 'gewoon' zal toepassen, zoals dat nu ook het geval is.

## 6. Conclusie

De Geschillencommissie is een relatief goedkope en laagdrempelige wijze van geschilbeslechting en de uitspraken van de Geschillencommissie houden doorgaans stand bij de rechter. Wel blijkt dat de Geschillencommissie soms opvallende uitspraken doet die niet altijd in lijn lijken te zijn met de 'gewone' rechtspraak van de burgerlijke rechter. De Geschillencommissie heeft een ruime beoordelingsmarge, nu besloten wordt naar redelijkheid en billijkheid. Daardoor kan het voor consument en leverancier nogal wat uitmaken of een geschil door de Geschillencommissie of (kanton) rechter wordt behandeld.