



**ID** JutD 2021-0223

**Datum** 20211126

**Rubriek** Onderneming en bedrijf

## Uitzonderingen op het schriftelijkheidsvereiste en het belang van een goede administratie

### Auteur(s)

*Mr. L.E. (Lisette) den Butter, Bird & Bird LLP, Den Haag*

**Het schriftelijkheidsvereiste voor bepaalde telefonisch gesloten overeenkomsten is inmiddels geen onbekend vormvereiste meer. De uitzonderingen op dit schriftelijkheidsvereiste waren recent onderwerp van geschil tussen een energieleverancier en een niet-betalende consument. Het vonnis onderstreept het belang van een goede administratie, anders bestaat het risico dat de klant geen betaling is verschuldigd. De rechter toetst de regels inzake het schriftelijkheidsvereiste ambtshalve, dus ook het procesdossier dient op orde te zijn.**

De kantonrechter oordeelde in deze zaak dat door de rechter steeds moet kunnen worden gecontroleerd of er wordt voldaan aan de vereisten voor het inroepen van een uitzondering op het schriftelijkheidsvereiste.<sup>1</sup> Dit in het kader van de bescherming van de consument. Ontbreekt het bewijs hiertoe, dan kan geen beroep worden gedaan op de uitzondering en geldt het schriftelijkheidsvereiste onverminderd. In dit artikel wordt ingegaan op de uitspraak van de kantonrechter. Omdat in de uitspraak de uitleg van artikel 6:230v lid 6 BW centraal staat, wordt eerst een toelichting op dit artikel gegeven.

### Wettelijk kader: het schriftelijkheidsvereiste

Artikel 6:230v lid 6 BW bepaalt allereerst welke informatie een handelaar dient mede te delen aan het begin van een commercieel telefoongesprek. Dit betreft de identiteit van de handelaar en het commerciële doel van het telefoongesprek (en, voor zover van toepassing, de identiteit van de persoon namens wie de handelaar opbelt). Het moet voor de consument duidelijk zijn dat hij telefonisch benaderd wordt met als doel het aangaan van een overeenkomst en door of namens wie hij hiertoe wordt benaderd.

Wanneer als gevolg van een commercieel telefoongesprek een duurovereenkomst voor diensten of een overeenkomst tot het geregeld leveren van gas, elektriciteit, water of van stadsverwarming met de consument wordt gesloten, dan bepaalt artikel 6:230v lid 6 BW dat deze overeenkomst schriftelijk moet worden aangegaan (vormvereiste). Op grond van artikel 6:230v lid 6 BW is een duurovereenkomst voor diensten of een overeenkomst tot het geregeld leveren van gas, elektriciteit, water of van stadsverwarming die per telefoon is aangegaan – dat wil zeggen: op basis van mondelinge overeenstemming – op zichzelf niet verbindend.

De handelaar zal, na het telefoongesprek, een schriftelijk aanbod (tot het aangaan van een overeenkomst) aan de consument dienen toe te sturen.<sup>2</sup> Het is hierbij van belang dat de consument in de gelegenheid wordt gesteld het aanbod te lezen.<sup>3</sup> Op grond van artikel 6:227a BW kan de handelaar het aanbod ook per e-mail aan de consument toesturen. De overeenkomst komt vervolgens rechtsgeldig tot stand wanneer de consument het aanbod aanvaardt. Deze aanvaarding zal, bij schriftelijke contractsluiting, blijken uit de ondertekening van de overeenkomst. Wanneer het aanbod per e-mail wordt gedaan, dan zal de consument elektronisch zijn instemming moeten geven, bijvoorbeeld door het aanklikken van een bepaalde button.

Het gaat in artikel 6:230v lid 6 BW dus om een constitutief vereiste: de overeenkomst komt pas tot stand als de schriftelijke (elektronische) versie door de consument is geretourneerd. Als de overeenkomst niet schriftelijk is aangegaan, dan is de overeenkomst nietig op grond van artikel 3:39 BW.

### Uitzonderingen op het schriftelijkheidsvereiste

Op het schriftelijkheidsvereiste gelden twee uitzonderingen. De eerste uitzondering volgt uit de zinsnede "die het gevolg is van dit gesprek" uit de tweede volzin van artikel 6:230v lid 6 BW. De

wetgever licht toe dat hiermee wordt uitgedrukt dat het schriftelijkheidsvereiste van toepassing is wanneer het initiatief voor contractsluiting vanuit de handelaar komt.<sup>4</sup> Het gaat hierbij, aldus de wetgever, om ieder initiatief van de handelaar, ongeacht of de consument reeds klant van de handelaar is. Bovendien, zo licht de wetgever toe, dient een ruime opvatting te worden gehanteerd. De wetgever geeft, ter illustratie, aan dat het schriftelijkheidsvereiste ook geldt in de situatie waarin een handelaar de consument belt met het verzoek om terug te bellen (waarbij het doel is het sluiten van een overeenkomst op afstand). De wetgever licht vervolgens toe dat wanneer de consument het initiatief neemt om een handelaar op te bellen met als doel het sluiten van een overeenkomst, het schriftelijkheidsvereiste niet van toepassing is en de overeenkomst per telefoon tot stand kan komen.<sup>5</sup> Overigens dient in dat geval wel aan de overige vereisten van (het sluiten van) overeenkomsten op afstand te zijn voldaan.

De tweede uitzondering volgt uit de laatste volzin van artikel 6:230v lid 6 BW. Daarin wordt bepaald dat het schriftelijkheidsvereiste niet geldt wanneer een tussen partijen bestaande overeenkomst wordt verlengd of vernieuwd. Er kan dus een onderscheid worden gemaakt tussen het verlengen of vernieuwen van een bestaande overeenkomst (schriftelijkheidsvereiste geldt niet) of het aangaan van een nieuwe overeenkomst met een bestaande klant (schriftelijkheidsvereiste geldt wel, tenzij de overeenkomst telefonisch op initiatief van de consument is aangegaan).

## **De uitspraak van de kantonrechter**

In de uitspraak, een verstekvonnis, gaat het om een telefonisch gesloten overeenkomst tot het leveren van energie. Een dergelijke overeenkomst valt, zoals toegelicht, onder de vereisten uit artikel 6:230v lid 6 BW. De energieleverancier in kwestie vordert betaling door de consument van geleverde energie. De vordering wordt door de kantonrechter afgewezen vanwege het ontbreken van een overeenkomst daartoe.

Centraal in de uitspraak staat de vraag of er sprake is van een (rechtsgeldig gesloten) overeenkomst tussen de energieleverancier en de consument. Dit, omdat, zoals uit het verstekvonnis kan worden opgemaakt, geen sprake is van een schriftelijke overeenkomst tussen partijen. Hierbij is relevant om op te merken dat de bewijslast om aan te tonen dat er sprake is van een overeenkomst en daarmee dat aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan, op de handelaar rust.<sup>6</sup>

De energieleverancier heeft getracht te beargumenteren dat, ondanks het ontbreken van een schriftelijke overeenkomst, weldegelijk sprake is van een rechtsgeldig tot stand gekomen overeenkomst. De energieleverancier heeft hiertoe, ten eerste, aangevoerd dat het initiatief voor het sluiten van de overeenkomst bij de consument lag. De energieleverancier heeft, ten tweede, aangevoerd dat er eerder een overeenkomst bestond met de consument voor de levering van energie op het oude adres van deze consument. De energieleverancier heeft, ten slotte, aangevoerd dat de consument zelf contact heeft opgenomen, om diens verhuizing door te geven en daarbij tevens een aanvraag heeft gedaan voor levering van energie op het nieuwe adres.

De kantonrechter benadrukt in het vonnis dat een (duur)overeenkomst inzake het leveren van energie schriftelijk moet worden aangegaan wanneer de consument telefonisch door de handelaar is benaderd (ro. 2.4). Een per telefoon aangegane overeenkomst is daardoor, in beginsel, op zichzelf niet geldig. De kantonrechter toetst vervolgens ambtshalve of er tussen partijen een geldige overeenkomst tot stand is gekomen.

De kantonrechter overweegt dat de energieleverancier heeft gesteld dat initiatief voor het telefonisch sluiten van de overeenkomst bij de consument lag (en dus dat een van de uitzonderingen op het schriftelijkheidsvereiste van toepassing zou zijn), maar dat de energieleverancier hiervan geen concreet bewijs heeft geleverd (ro. 2.5). De kantonrechter geeft aan dat, door het ontbreken van dit bewijs, de kantonrechter niet heeft kunnen nagaan of de energieleverancier had moeten voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste uit artikel 6:230v lid 6 BW. De kantonrechter gaat er, met het oog op de consumentenbescherming en het waarborgen ervan, daarom vanuit dat niet is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste uit artikel 6:230v BW (ro. 2.6).<sup>7</sup> De overeenkomst is daardoor nietig. Hiermee gaat de kantonrechter er in feite ook vanuit dat aan het schriftelijkheidsvereiste had moeten worden voldaan, met andere woorden: dat geen van de uitzonderingen van toepassing is.

Uit de overwegingen van de kantonrechter volgt dat de 'initiatief-uitzondering' weldegelijk succesvol kan worden ingeroepen, maar dat er hiervoor voldoende onderbouwing moet worden geleverd door middel van het leveren van concreet bewijs (ro. 2.5). De kantonrechter noemt, als voorbeeld, dat door de energieleverancier bewijs had kunnen worden geleverd door middel van een uitdraai van het informatiesysteem waaruit het gestelde inkomende telefoongesprek zou volgen.

De kantonrechter overweegt vervolgens dat een andere uitleg van artikel 6:230v lid 6 BW tot gevolg zou hebben dat de consumentenbescherming eenvoudig kan worden omzeild door de enkele stelling dat de consument het initiatief heeft genomen om de overeenkomst telefonisch aan te gaan. Dat tussen de consument en de energieleverancier eerder een overeenkomst voor de levering van energie heeft bestaan, maakt hierin geen verschil, aldus de kantonrechter (ro. 2.6).

De kantonrechter besluit het vonnis met aan te geven dat er geen betalingsverplichting bestaat omdat er niet is komen vast te staan dat er tussen partijen (rechtsgeldig) een energieleveringsovereenkomst tot stand is gekomen. De kantonrechter verwijst naar artikel 7:7 lid 2 BW, waarin wordt bepaald dat voor een consument geen verplichting tot betaling ontstaat bij ongevraagde (dat wil zeggen (in dit geval) zonder overeenkomst) levering van onder meer gas en elektriciteit. Uit de memorie van toelichting volgt dat een betalingsverplichting ook niet kan ontstaan op een andere rechtsgrond, zoals onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.<sup>8</sup> De verrichte diensten zijn, volgens de kantonrechter, daarom om niet verricht. De vordering van de energieleverancier wordt afgewezen.

## **Analyse van het vonnis**

Met de drie stellingen heeft de energieleverancier in kwestie gepoogd een beroep te doen op een van de bovengenoemde uitzonderingen die gelden voor het schriftelijkheidsvereiste.

De eerste en (een deel van) de derde stelling van de energieleverancier zien op de in de memorie van toelichting beschreven situatie dat het initiatief voor het telefonisch aangaan van de overeenkomst bij de consument ligt. Uit het hierboven geschetste wettelijk kader volgt dat het schriftelijkheidsvereiste uit artikel 6:230v lid 6 BW in dat geval niet van toepassing is. Met de tweede en (het andere deel van) de derde stelling, heeft de energieleverancier waarschijnlijk een beroep willen doen op de uitzondering zoals opgenomen in artikel 6:230v lid 6 laatste volzin BW. Zoals toegelicht, wordt hier bepaald dat het schriftelijkheidsvereiste niet geldt wanneer een tussen partijen bestaande overeenkomst wordt verlengd of vernieuwd.

Voor de stelling dat sprake was van de 'initiatief-uitzondering', volgt uit de uitspraak dat de energieleverancier niet voldoende heeft kunnen onderbouwen dat sprake was van deze uitzondering door middel van het leveren van concreet bewijs. Deze uitzondering kon daarom niet succesvol worden ingeroepen.

Voor de stelling dat sprake was van de uitzondering inzake de verlenging of vernieuwing van een bestaande overeenkomst zou, in het kader van bewijslevering, het overleggen van de bestaande overeenkomst tussen partijen voldoende kunnen zijn geweest. Uit het vonnis lijkt echter te kunnen worden opgemaakt dat er in deze zaak geen sprake was van een verlenging of vernieuwing van een lopende overeenkomst, maar van een nieuwe overeenkomst met een bestaande klant. Ook deze uitzondering was daarom niet van toepassing.

Zoals hierboven reeds aangegeven, heeft de wetgever aangegeven dat wanneer de handelaar het initiatief neemt voor het sluiten van een overeenkomst, het geen rol speelt of de consument reeds klant is van de handelaar. De vraag wie het initiatief heeft genomen voor het sluiten van de overeenkomst via de telefoon is hier dus bepalend. Omdat de energieleverancier niet heeft kunnen onderbouwen dat het initiatief voor het telefonisch aangaan van de overeenkomst bij de consument lag, gaat de kantonrechter ervan uit dat niet is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste.

Duidelijk is dat de kantonrechter ambtshalve toetst of aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan. Het vonnis is zeer beknopt waardoor de volledige overwegingen van de kantonrechter onduidelijk zijn, maar op grond van deze uitspraak lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat bij het ontbreken van bewijs dat het initiatief voor het telefonisch sluiten van de overeenkomst bij de consument ligt, geldt dat de handelaar het initiatief heeft genomen voor het telefonisch sluiten van de overeenkomst en dat het schriftelijkheidsvereiste dus van toepassing is.

## **Conclusie: het belang van goede administratie**

Het vonnis benadrukt het belang van het vastleggen van het initiatief van de consument in het kader van het sluiten van overeenkomsten waarop artikel 6:230v lid 6 BW van toepassing is. Wanneer een handelaar telefonisch wordt benaderd door een consument, waarbij de consument het doel heeft een duurovereenkomst voor diensten of een overeenkomst tot het geregeld leveren van gas, elektriciteit, water of van stadsverwarming te sluiten, zal dit dus goed moeten worden gedocumenteerd, anders bestaat het risico dat de klant geen betaling is verschuldigd. Omdat de rechter de regels inzake het schriftelijkheidsvereiste ambtshalve toetst, is ook in dat kader een goede administratie van belang.

## Noten

1. Rb. Noord-Nederland 5 oktober 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:4416](#).
2. Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 52 e.v. (MvT).
3. <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15074/Consumenten-beter-beschermd-tegen-ongewenst-langdurig-contract>, laatst geraadpleegd 16-11-2021.
4. Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 52 (MvT).
5. Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 52 (MvT).
6. Artikel 150 Rv, Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 53 (MvT).
7. De wetgever heeft reeds in de memorie van toelichting aangegeven dat de uitleg van artikel 6:230v lid 6 BW er niet toe mag leiden dat de regeling eenvoudig kan worden omzeild (Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 53).
8. Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 58 (MvT).