

schuwing na verzuim). Bij de verstekdagvaarding<sup>52</sup> is verder een overzicht gevoegd van facturen en betalingen door de consument van de laatste twee jaar, waarbij twaalf keer € 25 administratiekosten vermeld staat. Het saldo van het overzicht is inderdaad € 300 te weinig betaald door de consument en bestaat in feite uitsluitend uit (potentieel in strijd met artikel 6:96 lid 6 BW) in rekening gebrachte buitengerechtigde kosten. Kan ambtshalve optreden worden verwacht? Naar de letter van de leer van de Hoge Raad wel, maar zal het ook gebeuren, wanneer maar een paar minuten per zaak beschikbaar lijken? De kans op optreden is natuurlijk groter als – in het kader van het aantonen van gemaakte buitengerechtigde kosten door de deurwaarder – ook een brief is bijgevoegd waarin de consument zich beklagt over het feit dat hij toch alles heeft betaald. Maar de eiser bepaalt wat hij overlegt en hij kan ervoor kiezen dit soort brieven ‘gemakshalve’ achterwege te laten.

Degenen die verwachten dat ‘nalatigheden’ op het gebied van ambtshalve optreden in de eerste aanleg dan toch wel in hoger beroep zullen worden opgepakt, nu de Hoge Raad in navolging van het HvJ EU dat toch duidelijk heeft aangegeven, moet ik grotendeels teleurstellen. Niet zozeer met betrekking tot het daadwerkelijk uitvoeren van deze toets<sup>53</sup> – dat zal zeker gebeuren – als wel vanwege het feit dat weinig van dit soort zaken in hoger beroep worden beoordeeld. In verstekzaken zal de eiser die (bijna) alles toegewezen heeft gekregen niet appelleren, en de consument kan niet appelleren (maar moet in verzet komen<sup>54</sup>).

*Mr. R.R.M. de Moor*

Raadsheer bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en redacteur van dit tijdschrift

### **Rb. Overijssel (zittingsplaats Almelo) 2 april 2013**

*(mr. A.H. Margadant)*

*Zaaknr. 414173 CV EXPL. 3686-12*

*(Health City Beheer BV/gedaagde)*

*(Zie de noot onder deze uitspraak.)*

- *sportschoolabonnement*
- *stilzwijgende verlenging*
- *artikel 6:236 onder j BW (Wet Van Dam)*
- *overgangsrecht*
- *vormvereisten opzegging*

## **2. Beoordeling**

De inhoud van het op 11 december 2012 in de onderhavige procedure gewezen vonnis dient als hier ingelast te worden beschouwd. Bij dat vonnis zijn partijen in de gelegenheid gesteld een akte te nemen over het al dan niet van toepassing zijn van de Wet van 26 november 2010, houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Bur-

gerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), beter bekend als de Wet Van Dam, op de onderhavige, vóór 1 december 2011 gesloten, overeenkomst.

Health City heeft gesteld dat de Wet Van Dam niet van toepassing is op de onderhavige d.d. 25 februari 2010 tot stand gekomen overeenkomst. De Wet Van Dam ziet enkel en alleen op overeenkomsten die ná 1 december 2011 tot stand zijn gekomen.

(...)

Volgens [gedaagde] geldt wettelijk een opzegtermijn van één maand.

De kantonrechter is het wat dat betreft met [gedaagde] eens. [Gedaagde] doet impliciet een beroep op de hiervoor genoemde Wet Van Dam. De Wet Van Dam heeft onder meer aan artikel 6:236 BW onderdeel j toegevoegd. Dat artikel luidt: Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding *j. dat in geval van een overeenkomst tot het geregeld afleveren van zaken, elektriciteit daaronder begrepen en dag- nieuws, en weekbladen en tijdschriften niet daaronder begrepen, of tot het geregeld doen van verrichtingen, leidt tot stilzwijgende verlenging of vernieuwing in een overeenkomst voor bepaalde duur, dan wel tot een stilzwijgende voortzetting in een overeenkomst voor onbepaalde duur zonder dat de wederpartij de bevoegdheid heeft om de voortgezette overeenkomst te allen tijde op te zeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand;*

Health City heeft de overeenkomst in mei 2012 opgezegd na de overeengekomen duur van 24 maanden en met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden, volgens de algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden van Health City zijn wat dit betreft in strijd met onderdeel j van artikel 6: 236 BW.

De Wet Van Dam is in werking getreden op 1 december 2011. Er is discussie gaande over de vraag of de Wet Van Dam vanaf 1 december 2011 ook al van toepassing is op lopende (vóór 1 december 2011 gesloten) overeenkomsten. De vraag in dat verband is of bepalingen uit de Overgangswet NBW moeten worden toegepast, met als gevolg dat de Wet van Dam nog niet mag worden toegepast op lopende overeenkomsten.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk de bedoeling van de wetgever:

- In het oorspronkelijke wetsvoorstel (Kamerstuk 2005-2006, 30520 nr. 2) is in artikel III voorgesteld

52. Dit jargon is misleidend: of een dagvaarding na verstekverlening zal worden behandeld is pas duidelijk na betekening en nadat er vervolgens op de aangegeven roldatum geen gedaagde is verschenen. Dit is overigens in een groot deel van consumentenzaken het geval.

53. Zie voor een fraai recent voorbeeld van ambtshalve toetsing van een oordeel van de kantonrechter over een potentieel oneerlijk beding Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) 20 augustus 2013, ECLI:GHARL:2013:6164.

54. Hierdoor wordt de zaak contradictoir van karakter en neemt de kans van ambtshalve toetsing zonder meer toe vanwege het beschikbaar zijn van meer tijd voor de beoordeling door de rechter c.a.

- de wet in werking te laten treden met ingang van de eerste dag van de derde kalendermaand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij is geplaatst;
- In de Memorie van Toelichting (Kamerstuk 2005-2006, 30520, nr. 3) is over artikel III opgemerkt dat de wetswijziging niet voorziet in overgangsrecht en dat de wijziging daardoor ook van toepassing is op al gesloten overeenkomsten;
  - Kamerstuk 2006-2007, 30520 nr. 4 betreft het advies van de Raad van State en de reactie van de indieners van het wetsvoorstel. De Raad van State heeft op dit punt, gelet op de looptijd van overeenkomsten als bedoeld in het voorstel en artikel 191 Overgangswet NBW geadviseerd de termijn tot een jaar te verlengen, dan wel een overgangsbepaling in de Overgangswet NBW op te nemen waarmee wordt voorzien in een overgangsperiode van een jaar;
  - De indieners van het wetsvoorstel hebben het wetsvoorstel hierop zodanig aangepast, dat voorzien is in een overgangstermijn van een jaar (Kamerstuk 2006-2007, 30520 nr. 5). Artikel III is gewijzigd en is komen te luiden: Deze wet treedt in werking met ingang van de eerste dag van de dertiende kalendermaand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst;
  - In de Memorie van Toelichting (Kamerstuk 2006-2007, 30520, nr. 6) is vervolgens opgenomen bij artikel III: Deze wijziging voorziet niet in overgangsrecht. De wet zal namelijk in werking treden met ingang van de eerste dag van de dertiende kalendermaand na de uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst. Dit geeft betrokkenen een jaar de tijd om zich aan de nieuwe bepalingen aan te passen, hetgeen overgangsrecht overbodig maakt.

Het wetsvoorstel bevat dus impliciet een overgangsregeling in artikel III, in afwijking van de Overgangswet, door de ruime(re) overgangstermijn waarbinnen gebruikers algemene voorwaarden aan kunnen passen aan de nieuwe wettelijke bepalingen. Gelet hierop acht de kantonrechter de Overgangswet NBW niet van toepassing op de inwerkingtreding van deze wet. De wet is van toepassing vanaf 1 december 2011, ook voor lopende overeenkomsten, gelet op de publicatie in het Staatsblad van 30 november 2010.

De kantonrechter komt tot de conclusie dat Health City na 1 december 2011 een beroep heeft gedaan op haar algemene voorwaarde dat een opzegtermijn van twee maanden in acht moet worden genomen, welke algemene

voorwaarde gelet op het hiervoor overwogene onredelijk bezwarend is en derhalve vernietigbaar.

(...)

## NOOT

Het gaat hier om de opzegging van een sportschoolabonnement. Het abonnement is ingegaan in februari 2010. Op 1 december 2011 trad de Wet Van Dam in werking, op grond waarvan een nieuw onderdeel *j* werd toegevoegd aan artikel 6:236 BW.<sup>1</sup> De Wet Van Dam houdt in dat een beding in algemene voorwaarden tussen de gebruiker van die voorwaarden en een consument als onredelijk bezwarend aangemerkt wordt indien dit beding leidt tot stilzwijgende verlenging of vernieuwing van een overeenkomst voor bepaalde of onbepaalde duur zonder dat de consument de bevoegdheid heeft om de aldus voortgezette overeenkomst te allen tijde op te zeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand. Bedingen die in strijd komen met artikel 6:236 onder *j* BW zijn zonder meer vernietigbaar. Dus: een sportschoolabonnement kan na ommekomst van de initiële periode waarvoor deze is aangegaan,<sup>2</sup> steeds met een opzegtermijn van hoogstens één maand worden opgezegd, ook als de algemene voorwaarden zouden bepalen dat stilzwijgende verlenging een langere periode (bijvoorbeeld een jaar) zou betreffen. Dit is een belangrijke vernieuwing van consumentenbescherming die geldt voor overeenkomsten aangegaan op of na 1 december 2011. Maar geldt zij ook voor abonnementen die al waren aangegaan vóór de wet in werking trad? Die vraag wordt beheerst door het overgangsrecht. Al tijdens het wetgevingsproces ontstond daarover enig tumult. Het oorspronkelijke artikel III van het wetsvoorstel bepaalde kort gezegd dat de wet in werking zou treden drie maanden na publicatie in het *Staatsblad*. De Raad van State wees echter op artikel 191 Overgangswet NBW, dat voor algemene voorwaarden in bestaande overeenkomsten een uitgestelde werking van één jaar bepaalt.<sup>3</sup> Voor overeenkomsten aangegaan na de datum van inwerkingtreding zou wel de onmiddellijke werking van artikel 68a Overgangswet NBW gelden.<sup>4</sup> Om verwarring te voorkomen is artikel III vervolgens gewijzigd in die zin dat de Wet Van Dam in werking zou treden een jaar na publicatie. Maar het punt is dat artikel 191 Overgangswet NBW niet werd aangepast, zodat de vraag rees of de overgangsperiode nu in totaal twee jaar zou zijn. Dat lijkt, als men de totstandkomingsgeschiedenis van deze initiatiefwet beziet, niet de bedoeling te zijn geweest van

1. Wet van 26 november 2010, houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), *Stb.* 2010, 789. Over de Wet Van Dam bijv. G.J.P. de Vries, 'Paal en perk aan bedingen ter stilzwijgende verlenging van consumentenovereenkomsten, maar hoe?', *TvC* 2007-4, p. 122-124. 122-124; M.B.M. Loos, 'De Wet-Van Dam en de stilzwijgende verlenging van lidmaatschappen en abonnementen', *TvC* 2011-6, p. 225-228.
2. Krachtens artikel 6:237 onder *k* BW mag de initiële periode van sportschoolabonnementen niet meer dan één jaar zijn, tenzij het contract bepaalt dat na ommekomst van het eerste jaar op elk moment een opzegging met een termijn van ten hoogste één maand kan plaatsvinden.
3. Artikel 191 Overgangswet NBW bepaalt: 'Afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 is op algemene voorwaarden die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds door een partij in haar overeenkomsten worden gebruikt, van toepassing nadat een jaar na dit tijdstip is verstreken. Gedurende die termijn is de wet evenmin van toepassing op wijzigingen in die voorwaarden na het in werking treden van de wet.'
4. Vgl. B. Wessels e.a., *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 29-30. Artikel 68a Overgangswet NBW luidt: '1. Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit. 2. Voor zover en zolang op grond van de volgende artikelen de wet niet van toepassing is, blijft het vóór haar in werking treden geldende recht van toepassing.'

de wetgever.<sup>5</sup> Artikel III van de Wet Van Dam moet in zoverre dus als *lex specialis* worden gezien ten opzichte van artikel 191 Overgangswet NBW. Een reparatiewetje werd bij nader inzien overbodig geacht,<sup>6</sup> en de kantonrechter sluit zich hierbij aan. Voor overeenkomsten die onder het bereik van de Wet Van Dam vallen en die ge-

sloten zijn vóór 30 november 2010, geldt sinds 1 december 2011 het nieuwe opzeggingsregime (en dat geldt *a fortiori* voor nieuw afgesloten overeenkomsten).

*Prof. mr. W.H. van Boom*

Hoogleraar Privaatrecht, Erasmus School of Law Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift

## Handelspraktijken

### Rb. Dordrecht (sector kanton) 27 december 2012

(*mr. S.M. Lecluse-de Bruijn*)

Zaaknr. 297343 CV EXPL 12-2485

ECLI:NL:RBDOR:2012:BY8127

(*Intrum Justitia/gedaagde*)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *sms-gedragscode*
- *niet-naleving klachtenregeling gedragscode*
- *beperkende werking redelijkheid en billijkheid*

#### 1. De feiten

1.1. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende weersproken, alsmede op grond van de inhoud van de overgelegde producties, voor zover niet betwist, staat het volgende tussen partijen vast.

1.2. Op 17 juni 2009 heeft [gedaagde] door tussenkomst van Traders B.V. met Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone) een overeenkomst gesloten voor de duur van 24 maanden ter zake van het gebruik door [gedaagde] van door Vodafone aangeboden (tele)communicatiediensten. Op de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst zijn algemene voorwaarden van toepassing.

1.3. De door [gedaagde] afgenomen diensten zijn door Vodafone maandelijks aan [gedaagde] gefactureerd.

1.4. Vodafone heeft op 5 juli 2009 de aansluiting dan wel de levering van haar diensten geblokkeerd, zodat [gedaagde] vanaf 5 juli 2009 geen gebruik meer kon maken van zijn mobiele telefoon.

1.5. Uit een Memo Report van Vodafone is – voor zover relevant – het volgende vermeld bij 6 juli 2009:

‘Er is een high user bar geplaatst omdat klant kosten heeft in juli van € 534,64. Uitgelegd dat deze hoge kosten te maken hebben met een content dienst. Meneer is echt heel erg boos vanwege de kosten, en heb het hem nog proberen uit te leggen. Klant begon te schreeuwen en schelden, en heb gezegd dat een gesprek helaas niet meer

mogelijk was en heb de verbinding verbroken. Klant zou morgen terugbellen ivm h bar.’

1.6. Bij brief van 7 juli 2009 heeft [gedaagde] aan Traders B.V. – voor zover relevant – geschreven:

‘Naar aanleiding van een telefoongesprek op Maandag 6 Juli 2009 met een van Uw medewerkers wil ik U gaarne het volgende mededelen. (...) Na een van Uw medewerkers te hebben gebeld via de telefoon van mijn baas, werd mij tot mijn ontsteltenis medegedeeld dat mijn telefoon van nog geen 18 dagen oud was geblokkeerd, en als reden werd opgegeven dat ik ruim in de € 550,00 schuld had die ik zou hebben gemaakt in deze korte tijd, of waarmee dan ook. (...) Hopende dat dit voldoende is om ook intern op deze voor mij zeer onsmakelijke zaak in te gaan en uit te willen zoeken wat hier aan de hand is, en derhalve mij van Uw bevindingen op de hoogte wil stellen, zal ik in afwachting enig bericht Uwerzijds nog geen verdere stappen ondernemen, omdat ik persoonlijk wil begrijpen dat dit geheel op een misverstand berust.’

1.7. Het telefoontoestel van [gedaagde] heeft op 4 juli 2009 vanaf 08:05:59 uur tot 4 juli 2009 23:38:57 uur een zeer groot aantal sms-berichten verzonden naar nummer 2323. Op 4 juli 2009 heeft het telefoontoestel van [gedaagde] eveneens vanaf 08:06:01 uur tot 23:23:18 uur een zeer groot aantal sms-berichten dan wel overige content ontvangen van Mobillion.nl dan wel Mobillion B.V. Op deze sms-dienst is de Gedragscode SMS-Dienstverlening van 2008 (hierna: sms-gedragscode) van toepassing.

1.8. Vodafone heeft [gedaagde] facturen gezonden voor de betaling van de door haar geleverde diensten, waarbij de laatste factuur uitgefactureerde abonnementskosten bevat. Op grond van wanbetaling heeft Vodafone conform haar algemene voorwaarden, nadat [gedaagde] na aanmaning niet aan zijn betalingsverplichtingen voldeed, de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden per 4 oktober 2009.

1.9. Vodafone heeft haar vordering verkocht aan Intrum Justitia. [gedaagde] is daarvan schriftelijk op de hoogte gesteld.

5. Zie Loos, t.a.p.

6. Het reparatiewetje (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 884) werd op 3 november 2011 door de Tweede Kamer als hamerstuk aangenomen (*Handelingen II* 2011/12, 19) maar werd in de Senaat 29 bij vergadering van 29 november 2011 van de agenda gehaald (*Handelingen I* 2011/12, 9).